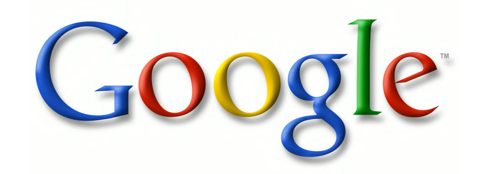
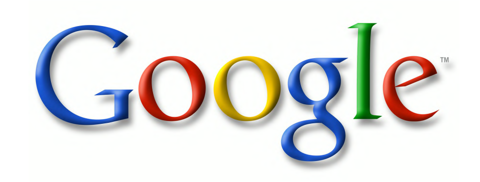




THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

87

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

C°

ÉTUDE

SUR LES

CONDITIONS DE VALIDITÉ DU TESTAMENT

En Droit international privé

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

sera présenté et soutenu le mardi 9 novembre 1901, à 9 heures 1/2

PAR

Henri GOIRAND

Président : M. WEISS, *Professeur.*

Suffragants : MM. CHÉNON, *Professeur.*
A. COLIN, *Agrégé*

PARIS
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1901

INTRODUCTION

Parmi les droits qui tiennent profondément au cœur de l'homme, parmi ceux également qui constituent les meilleurs stimulants de son activité, un des plus importants est sans conteste celui de disposer, pour le temps où il n'existera plus, du produit de son travail ou de son épargne. Aussi la faculté de tester est-elle généralement considérée, dans tous les pays civilisés, comme un droit inséparable de la personnalité humaine, et les étrangers sont-ils admis à l'exercer au même titre que les nationaux.

On sait que les étrangers ne furent pas toujours traités d'une façon aussi égalitaire. A l'origine de la civilisation, les peuples vivant isolés les uns des autres, ou n'étant du moins mis en rapport que par la guerre, envisageaient naturellement l'étranger comme un ennemi. Par suite, aucun droit ne lui était accordé ; de même que la propriété, l'usage du testament était un privilège auquel il ne pouvait prétendre.

Cependant, au cours des siècles, les mœurs s'adoucirent ; le commerce établit, entre les hommes de pays différents,

des relations pacifiques. On comprit que pour ne pas éloigner l'étranger, dont la présence devenait un élément de richesse et de prospérité, il y avait intérêt à lui reconnaître en dehors de son territoire national la jouissance de certains droits. Ainsi Démosthène nous rapporte qu'à Athènes, des traités permettaient parfois aux étrangers la jouissance de tout ou partie des droits privés (1). De même, à Rome, si les pérégrins n'étaient pas capables d'après le *jus gentium* de recueillir un legs ou d'être institués héritiers, ils pouvaient du moins tester en se conformant aux dispositions de leur loi nationale (2).

Dans l'ancienne législation française, l'étranger était sans droits dès qu'il venait à quitter sa patrie, et l'on voyait encore, au XVIIe siècle, attribuer au souverain les biens laissés par l'étranger décédé sur son territoire : c'était là l'effet du droit d'aubaine (3), sans doute peu à peu réduit dans son application par de nombreuses exemptions et par des traités diplomatiques (4), mais qui subsista néanmoins en France jusqu'à l'Assemblée constituante (5).

Du jour où l'étranger eut acquis une capacité plus ou

(1) Démosthène. — *De corona*, § 187.

(2) Ulpien. — *Reg.*, xx, 14.

(3) Demangeat. — *Histoire de la condition civile des étrangers en France dans l'ancien et dans le nouveau droit*, édit. 1844, p. 107 ss., 129 et suiv.

(4) Demangeat. — *Op. cit.* ,p. 155. ss.

(5) L'Assemblée constituante était certainement influencée par l'idée révolutionnaire de la fraternité des peuples, mais il y avait en outre en faveur de la suppression du droit d'aubaine des raisons économiques déjà mises en valeur par Necker.

moins étendue de transmettre et de recueillir par testament, plusieurs questions se posèrent auxquelles le droit d'aubaine et l'application absolue de la loi territoriale avaient jusqu'alors refusé tout intérêt. On se demanda si, lorsqu'un individu venait à tester en dehors de sa patrie, ses dernières volontés devaient être régies par sa loi nationale, ou par la loi du pays où l'acte était passé. D'autre part, fallait-il tenir compte de la nature des biens, meubles ou immeubles, compris dans la disposition, et de leur situation ? autant de problèmes dont la solution ne tarda pas à prendre un caractère de plus en plus urgent.

Pendant le XIX[e] siècle, en effet, les progrès de l'industrie, le développement du commerce, la facilité et la rapidité croissantes des moyens de communication ont multiplié les rapports internationaux dans des proportions incomparables avec leur développement antérieur. Par suite, un nombre toujours plus considérable d'individus ont été amenés à quitter leur patrie, soit momentanément, soit pour aller fixer ailleurs le centre de leurs occupations. Ces déplacements les mettant en contact avec des législations différentes , leur participation aux droits privés reconnus par la loi locale devait nécessairement provoquer des conflits.

Or, les législations provisoires* ne donnaient et ne donnent encore, au sujet de ces conflits, que des indications très imparfaites. La tâche de les résoudre est donc revenue presque en entier aux jurisconsultes. Mais il s'en

* Erratum. Lire : positives.

faut que l'accord existe dans les solutions qu'ils ont proposées.

Cet accord serait pourtant bien à désirer, car il ne suffit pas, par exemple, qu'un individu soit assuré d'avoir à l'étranger, comme dans son propre pays, la jouissance du droit de disposer ou de recevoir par testament. Il faut également qu'il puisse prévoir avec certitude d'après quelle loi la validité de son testament sera apprécie, tant au point de vue de la forme qu'au point de vue du fond.

Il importerait enfin que la loi compétente fût déterminée selon des principes véritablement rationnels et présentant par là un caractère d'universalité, de manière à ce que la solution adoptée puisse être rendue commune à tous les pays.

Nous n'allons pas jusqu'à partager l'avis de M. Brocher (1), pour lequel l'idéal suprême serait de n'avoir qu'une seule et même législation civile, adoptée en tous les pays. « Des faits nombreux, dit-il, sembleraient justifier un pareil idéal. On observe de nos jours une remarquable tendance à l'unité du droit : les institutions purement locales disparaissent de plus en plus, avec l'isolement qui les avait produites ; elles se transforment pour se rapprocher d'un type commun. Ce mouvement ne s'arrête pas aux frontières des Etats : il les a dès longtemps franchies et tend à se généraliser. »

(1) *Revue de droit international et de législation comparée.* Vol. III, p. 412, p. 540 ; vol. IV, p. 189 ; vol. V, p. 37, p. 390.

Sans doute, le but du droit international privé est de constituer entre les peuples une certaine communauté de droit. Mais de là à prendre pour objectif une unification progressive du droit, il y a loin ; M. Brocher remarque d'ailleurs qu'avant de passer dans les lois, cette unité devrait se faire dans les mœurs, les idées, et les besoins des peuples. Or c'est précisément pour cette raison que l'unité dont il parle est une chose utopique, et que nous ne devons même pas désirer. Les lois, Montesquieu en faisait déjà l'observation, doivent être tellement propres à la nation pour laquelle elles sont faites, qu'on ne saurait guère les appliquer utilement à d'autres. « Elles doivent être relatives au physique du pays, au climat glacé, brûlant ou tempéré ; à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur, au genre de vie des peuples, laboureurs, chasseurs, ou pasteurs ; elles doivent se rapporter au degré de liberté que la constitution peut souffrir: à la religion des habitants, à leurs inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs mœurs, à leurs manières (1). »

Que, par suite de la pénétration réciproque des peuples, il se produise une certaine atténuation des contrastes, cela est un fait désirable. Mais les institutions particulières ne disparaîtront jamais complètement pour se fondre dans une loi commune. Les nations et les races demeureront diverses par la force même de leur personnalité, et, de

1) MONTESQUIEU. — *Esprit des lois*, L. I. ch. III

même, leurs législations qui sont comme l'expression de leur physionomie.

Tout ce que l'on peut raisonnablement souhaiter, c'est la consécration, par un ensemble de traités diplomatiques, d'un certain nombre de principes réglant uniformément dans tous les pays la situation des étrangers.

De nombreuses circonstances, notamment le manque de coordination des travaux universels de droit international privé, et la préparation inégale des peuples à accepter les mêmes principes de droit, ont empêché jusqu'ici cette superposition d'une sorte de législation internationale unique à la législation spéciale de chaque Etat (1). On peut néanmoins prévoir que ces différents obstacles, s'ils ne sont pas également appelés à s'éliminer entièrement, perdront dans l'avenir une grande partie de leur importance. L'échange croissant des services et des idées entre les pays les plus éloignés leur crée insensiblement une communauté de besoins, qui fait s'affirmer chaque jour davantage l'utilité de règles générales, destinées à résoudre uniformément les conflits (2).

En outre, depuis un demi-siècle, les jurisconsultes des diverses nations, au lieu d'isoler comme autrefois leurs efforts, les unissent au moyen de sociétés scientifiques, telles que l'Institut de Droit international public et privé,

(1) Cf. Lainé. — *Introduction au droit international privé*, tome I, p. 25.

(2) Cf. Mancini. — De l'utilité de rendre obligatoires les règles générales du droit international privé. *Journal du droit international privé*, 1874, p. 221 et ss.

fondé à Gand en 1863; d'autre part, des conférences, comme celle tenue pour la première fois à la Haye en 1893, assemblent les délégués officiels des divers pays, qui, après discussion, s'entendent sur l'adoption de résolutions communes (1).

Cette méthode de collaboration universelle n'a pas encore donné, faute de temps, des résultats bien considérables ; mais il est à présumer qu'elle fera se dégager, peu à peu, des règles dont l'application permettra, tout en respectant la souveraineté des Etats, d'attribuer à tout individu, et en tout lieu, les droits que lui assure la loi de son pays.

La nécessité de ce progrès se fait particulièrement sentir dans notre matière. Des conflits se présentent en effet très fréquemment au sujet des conditions de validité des testaments, soit à raison de ce que le *de cujus* résidait hors de sa patrie, soit à raison de ce qu'il laisse des biens situés en divers pays, soit enfin à raison de ce fait que plusieurs personnes de nationalité étrangère sont appelées à en recueillir le bénéfice. Pour résoudre ces conflits, on peut se placer au point de vue exclusivement théorique, ou au point de vue des législations positives. De là la division de notre étude en deux parties.

Dans une première partie, nous entreprendrons de déterminer au point de vue doctrinal pur, et abstraction faite des

(1) Cf. Lainé. — La conférence de la Haye relative au droit international privé. *Journal du droit international privé*, 1894, p. 5.

législations positives, quelle est la solution la plus satisfaisante des conflits. Nous examinerons ensuite, dans la seconde partie de ce travail, quels sont les principes de solution consacrés par les diverses législations.

Nous n'envisagerons les conditions de validité du testament qu'à l'égard des personnes physiques, le même sujet, appliqué aux personnes morales, ayant une importance telle qu'il pourrait à lui seul faire l'objet d'une importante monographie.

PREMIÈRE PARTIE

DÉTERMINATION THÉORIQUE DE LA LOI COMPÉTENTE

Le droit international privé a pour mission d'assurer à chacun, en quelque lieu qu'il se trouve, la plus grande part de liberté possible, en tenant compte de son individualité autant que l'autorisent les intérêts d'autrui et le respect de l'ordre social (1).

La difficulté, pour atteindre ce résultat, est de concilier les droits qui semblent inséparables de l'individu, avec la souveraineté de l'Etat où ils prétendent s'exercer ; il y a là deux éléments essentiels en présence, le premier, dérivant des liens personnels qui rattachent l'homme soit au lieu de son principal établissement, soit à la nation dont il fait partie, le second, dérivant du territoire où se manifeste son activité.

Ces deux éléments se disputent la prédominance en droit international privé à l'occasion de presque tous les

(1) C. Jitta. — *De la méthode du droit international privé*, p. 60 et suiv.

rapports juridiques ; on peut néanmoins remarquer que c'est, vu son importance, au sujet de la transmission du patrimoine à cause de mort que leur antagonisme s'est de meilleure heure imposé à l'attention des jurisconsultes.

Selon les époques et les systèmes, la doctrine s'est laissé guider, dans le choix du caractère personnel ou territorial attribué à la réglementation du testament, par des méthodes et des principes très divers.

Il est cependant incontestable, rationnellement, que le droit international privé doit procéder dans ses recherches suivant une méthode unique, et en se basant sur un principe général unique, de manière à ne pas risquer de donner à la même question plusieurs solutions différentes. Ce résultat serait en effet incompatible avec les qualités de fixité et de certitude qui sont primordiales en matière de droit.

Nous allons passer en revue les principales méthodes suivies jusqu'à présent, nous verrons ce qu'elles ont donné concernant le sujet qui nous occupe ; puis nous indiquerons quel principe nous semble le mieux répondre aux exigences de la vie internationale moderne.

Parmi les conditions de validité du testament, on distingue les conditions intrinsèques ou de fond, et les conditions extrinsèques ou de forme.

Nous rechercherons successivement quelle est la loi qui gouverne les unes et les autres.

CHAPITRE I[er]

DES CONDITIONS INTRINSÈQUES DE VALIDITÉ DU TESTAMENT

L'étranger ne se voit plus refuser nulle part la jouissance du droit de disposer de ses biens par testament. L'exercice seul en reçoit des limitations, à raison des condition intrinsèques exigées dans les différentes législations pour la validité de l'acte. Ces conditions sont édictées, nous le verrons plus loin, les unes dans l'intérêt de la famille du testateur, les autres, dans un intérêt d'ordre social.

Or, dès l'instant où l'on admet qu'un individu peut tester en dehors de sa patrie, un conflit est naturellement appelé à s'élever, quant à ces conditions de validité, entre sa loi personnelle et la loi du pays où se trouvent situés les biens dont il dispose.

L'indépendance et la souveraineté absolue d'un Etat dans les limites de ses frontières lui permettraient à la rigueur de repousser sur son territoire l'application de toute loi étrangère. Mais, en usant de son pouvoir d'une façon

aussi radicale, il se placerait pour ainsi dire, au point de vue des relations juridiques, en dehors du monde civilisé. Son attitude ne serait pas non plus sans inconvénients à l'égard de ses nationaux : l'Etat assume vis-à-vis d'eux un rôle de protection ; il doit par conséquent souhaiter que même à l'étranger, ils soient le moins possible, privés de la tutelle des lois adaptées à leurs besoins. C'est pourquoi, afin de ne pas provoquer contre eux des mesures de rétorsion, il se trouve, en pratique déjà, dans la nécessité de ne pas appliquer indistinctement la loi territoriale sur son propre sol.

Il est d'ailleurs remarquable que les partisans les plus intransigeants du principe de la territorialité absolue, tels que d'Argentré et Jean Voet, n'ont jamais osé pousser à l'extrême sa généralisation. Ils en avaient fait la règle, mais le simple bon sens les avait empêchés d'écarter totalement le principe adverse de la personnalité, de sorte qu'ils conservaient encore à l'homme, en dehors de son pays, quelques-uns des liens de droit qui l'y attachaient (1).

Tous les Etats ont donc compris qu'en pareille matière l'intolérance serait imprévoyante, et qu'ils ne pouvaient aboutir que moyennant des concessions mutuelles à établir un principe d'harmonie dans la concurrence de leurs législations respectives.

De ce qui précède, il ne faudrait pas conclure que les Etats n'ont entre eux aucune obligation, et que, si leur

(1) Cf. Jean Voet. — *De statutis*, § IX.

souveraineté consent à un sacrifice, il n'a pour base et pour limite que leur intérêt particulier. Sans doute, l'intérêt exerce dans ces considérations une grande influence, mais, par suite de son extrême variabilité, et de l'aptitude si peu égale des hommes à le discerner véritablement, il ne saurait suffire à constituer le fondement d'un droit (1).

La courtoisie internationale, ou *comitas gentium*, par laquelle les anciens statutaires hollandais (2), ainsi que Bouhier (3), Fœlix, et la plupart des auteurs anglo-américains modernes ont prétendu motiver l'application indispensable de la loi personnelle à certains droits des étrangers, est également une base insuffisante pour justifier l'application des lois étrangères. La courtoisie, c'est-à-dire la bienveillance d'un Etat à l'égard d'un autre, est une chose trop instable, et le juge dont la décision ne s'inspi-

(1) SURVILLE. — De la personnalité des lois envisagée comme principe fondamental du droit international privé. *Journal du dr. int. pr.* 1889, p. 529. Pour démontrer la fausseté de la doctrine de l'intérêt et l'iniquité à laquelle elle peut aboutir, cette auteur rappelle une décision de la cour de la Louisiane, citée par Story (On the conflict of laws, § 36). L'arrêt posait en principe, à propos de l'incapacité du mineur étranger, qu'il fallait le déclarer capable ou incapable suivant le seul intérêt de la partie américaine en cause.

(2) Cette conception était celle de l'ancienne théorie hollandaise des statuts. L'exposé en a été fait par Jean Voet, après Paul Voet et Ulric Huber. Elle a été reprise par les jurisconsultes anglo-américains.

(3) « Les lois d'une nation, dit Bouhier, n'ont aucune autorité hors de leur territoire. On pourrait néanmoins dire avec quelque apparence de raison que, quoique ce principe soit certain à la rigueur, il semble que par une espèce de droit des gens et par une *courtoisie réciproque* entre les peuples qui sont amis, et où chacun trouve son intérêt, a rigueur en ait été tempérée en plusieurs occasions. » Observat. sur a cout. du duché de Bourgogne, ch. XXIV, n° 126, 127.

rerait pas d'un autre sentiment s'exposerait, selon les circonstances, à donner à la même question les solutions les plus contradictoires. En un mot, ce serait la négation même du droit. Or, « fonder le règlement de difficultés aussi graves sur la négation du droit, c'est, comme le dit avec raison M. Lainé, se condamner à la stérilité pour garder la plénitude de son indépendance (1). »

Il est en somme évident que si la jurisprudence internationale ne devait se guider que sur des mobiles d'intérêt ou de courtoisie, il en résulterait pour les droits privés ayant leur siège à l'étranger une absence complète de sécurité.

En réalité, les concessions à faire par les Etats, dans le sens du respect de la loi personnelle, leur sont dictées par un principe supérieur à leur souveraineté même, par un principe universel de justice, qui veut que, dans la mesure du possible, il soit attribué à chacun selon son droit, *cuique suum*. Ce principe de justice, presque toutes les législations des peuples civilisés en acceptent l'hégémonie. Les nations qui, à l'heure actuelle, s'y montrent encore réfractaires, devront l'adopter également tôt ou tard, comme étant le seul présentant les garanties indispensables au fonctionnement régulier des rapports internationaux privés.

Aussi bien, en admettant sur leur territoire l'application des lois étrangères, les Etats ne souffrent aucune atteinte

(1) Lainé. — *Introduction au droit international privé*, tome II, p. 112.

véritable dans leur souveraineté. Qu'est-ce en effet que cette souveraineté ?

Lorsqu'on dit que les Etats sont souverains, cela ne signifie pas que leur souveraineté s'étend d'une manière absolue sur leur territoire. Bien au contraire, de même que la liberté d'un individu est limitée par la liberté d'autrui, la souveraineté d'un Etat ne peut s'exercer que dans la mesure où elle ne porte pas atteinte à celle des autres Etats. Sans doute chaque Etat, pris isolément, nous apparaît comme le maître souverain de ses propres affaires, et de ses intérêts particuliers. Mais, en sens inverse, quand on envisage les Etats dans leurs relations réciproques, ils doivent être considérés comme égaux les uns aux autres. Il en résulte qu'ils ne sont pas libres de réglementer arbitrairement entre eux leurs rapports juridiques. Spécialement, en cas de conflit de lois, la solution ne doit pas dépendre de la simple volonté des Etats intéressés, elle doit être recherchée dans les principes de droit qui gouvernent la communauté internationale des Etats. En d'autres termes, les Etats, bien que souverains, ne jouissent pas d'une liberté sans règle supérieure, il sont revêtus d'une nature morale qui leur impose des obligations, ils ont le devoir, en cas de conflit de lois, de s'incliner devant les prescriptions du droit international. Par suite, ils sont tenus d'accepter chez eux les lois étrangères toutes les fois qu'un principe de droit international le leur commande.

La souveraineté des Etats consiste uniquement dans

leur indépendance respective absolue, qui fait qu'aucun d'eux ne saurait être contraint par les autres à l'adoption d'une règle juridique quelconque. Mais quand, de lui-même, un Etat reconnaît que telle règle est juste, qu'il se l'approprie, et qu'il ordonne à ses tribunaux de l'appliquer, il ne subit comme souverain aucun amoindrissement, puisque c'est précisément à ce titre qu'il agit.

Un simple examen de certaines des conditions intrinsèques de validité du testament, telles, par exemple, que les conditions d'état et de capacité, démontre immédiatement qu'il serait impossible de les soumettre indifféremment à la loi territoriale sans léser les intérêts les plus légitimes de l'étranger. Entre autres, l'âge de sa majorité testamentaire ne peut être équitablement fixé par elle. Mais comment, dès lors qu'à l'occasion de ces conditions de validité plusieurs lois seront susceptibles d'être invoquées dans un pays, déterminera-t-on la loi compétente ? On s'est efforcé d'établir, pour cette question comme pour toutes les autres, un système de droit international, c'est-à-dire un principe général de solution des conflits des lois, un règlement uniforme, universel, de la part qui doit être faite, dans chaque Etat, à la loi nationale et aux lois étrangères. On s'est demandé s'il existait un critérium au moyen duquel on distinguerait à coup sûr, parmi les conditions de validité du testament, celles qui doivent être régies par la loi personnelle du défunt, et celles qui dépendent plutôt de la loi territoriale du pays où ses dispositions seront exécutées.

Nous ne parlerons que pour mémoire de la façon dont la théorie des statuts essaya de résoudre le problème.

Malgré le mérite incontestable qu'elle eut d'inaugurer, à l'époque féodale de la territorialité exclusive des coutumes, le mouvement en faveur de la personnalité du droit privé, cette doctine n'aboutit, enfin de compte, qu'à des résultats incohérents ; et cela tient précisément à ce que les statutaires manquaient, dans leurs études, d'un principe directeur capable d'éprouver la solidité de leurs classifications. Une meilleure méthode leur eût fait apercevoir ce qu'il y avait de factice et d'arbitraire dans la répartition de tous les droits entre les deux statuts, réel et personnel, le premier composé des lois concernant les biens et régissant sans exception ceux qui sont situés dans les limites de leur autorité territoriale, le second comprenant les lois relatives aux personnes. Il est à noter, du reste, que les auteurs qui avaient établi entre ces deux statuts un rapport de règle à exception, ne parvinrent jamais à se mettre d'accord, même après l'adjonction d'une troisième classe de statuts, le statut mixte (1). Et le fait n'a rien de surprenant, vu le peu de sûreté que laissait au système son vice fondamental, l'idée certainement défectueuse d'où procédait la division des règles de droit en réelles et personnelles.

(1) Les éléments de ce statut complémentaire ne furent pas non plus toujours les mêmes. Le statut mixte fut invoqué par d'Argentré pour y comprendre tous les droits qui, n'étant pas exclusivement personnels ou réels, ne pouvaient être ramenés à ces deux termes. Paul Voët n'y fait entrer que les lois relatives à la forme des actes.

Il est en effet malaisé de concevoir une loi exclusivement réelle,et de partager l'avis de Demolombe,lorsqu'il soutient qu'il est des cas où la loi s'occupe des choses « d'une manière non pas seulement principale et prédominante, mais exclusive et absolue » (1). Il n'y a pas de loi purement réelle, car la loi est l'expression des droits, et les choses ne sont l'objet des droits qu'en raison de l'utilité que l'homme en veut tirer. La personne n'est jamais « l'accessoire », comme le prétend Demolombe (2), ni le « moyen » par lequel la loi règle la transmission des biens. Elle est au contraire le but final de la loi, et l'élément principal qu'elle a toujours en vue.

Ce n'est donc pas dans la théorie des statuts que nous chercherons un mode de détermination de la loi compétente. Nous éviterons même à l'avenir l'expression de loi réelle qu'elle nous fournit et qui pourrait être la source de confusions. Nous distinguerons les lois, non d'après l'objet auquel elles s'appliquent, mais d'après l'extension dont elles sont susceptibles, et nous les distinguerons en lois extraterritoriales ou personnelles (3), et lois ter-

(1) Demolombe. — *Cours de code civil*, édit. 1845, tome I, p. 87, n° 77.

(2) Demolombe. — *Op. cit.*, tome I, p. 86, n° 76.

(3) Nous ne donnons jamais, au cours de ce travail, au mot « personnel » le sens qu'il prend lorsqu'il s'agit de la personnalité des lois barbares. Dans ce dernier système, chacun restait soumis à la loi de sa race, sans qu'en principe la souveraineté de celle-ci fût limitable par l'application d'une loi territoriale. Nous entendons au contraire par loi « personnelle » celle qui s'attache à la personne malgré ses déplacements d'un pays à l'autre, mais sans exclure toutefois l'auto-

ritoriales selon que leur application sera possible ou non en dehors de leur territoire d'origine.

Il existe encore parmi les auteurs modernes une grande indécision quant au choix du critérium destiné à résoudre les conflits de lois. Toutefois un progrès s'est accompli. Il consiste dans la conviction générale que ce critérium n'a de valeur que s'il peut être adopté par toutes les législations, et qu'il doit, en conséquence, être tiré d'idées auxquelles leur caractère rationnel assure une certitude d'application universelle.

Le premier jurisconsulte qui, se dégageant résolument de la méthode statutaire, se soit inspiré de ce principe, est M. de Savigny (1). La théorie qu'il nous a laissée dans son traité de droit romain a fait école, et plusieurs auteurs modernes (2) en ont adopté le principe fondamental.

Ayant observé que la complexité des droits était un obstacle pour ainsi dire insurmontable à ce que de leur division en droits réels et personnels pût résulter une indication certaine de la loi compétente, M. de Savigny ne s'y est pas

rité de la loi territoriale. Pour nous, le terme de « loi personnelle » sera synonyme de celui de « loi extraterritoriale », et s'opposera au terme de « loi territoriale », désignant celle dont l'autorité ne dépasse pas les frontières de l'Etat qui l'a promulguée.

(1) Cf. Savigny. — *Traité de droit romain*, tome VIII, traduction Guenoux.

(2) Parmi ces auteurs, citons M. Lainé dans son *Introduction au droit international privé*, et M Despagnet dans son *Précis de droit international privé*.

attardé, et c'est par une autre face qu'il a abordé le problème.

Il repousse d'abord la conception statutaire du pouvoir absolu et exclusif de la souveraineté territoriale, et donne comme base à l'extension du domaine des lois personnelles la *communauté de droit* existant entre les nations. Pour lui, le droit de l'étranger doit être égal à celui du national. Lorsqu'il se produit un conflit de lois, deux situations peuvent se présenter pour le juge : si sa loi nationale résout le conflit, son devoir est de l'appliquer, abstraction faite de ses convictions personnelles ; dans le cas contraire, le critérium que lui propose M. de Savigny est le suivant : il faut examiner tout d'abord, pour chaque rapport de droit, sa nature propre et essentielle (1), et déterminer ensuite d'après cette nature le droit local auquel il appartient (2). Ce droit, le juge l'appliquera sans distinguer s'il est celui de son pays, ou celui d'un Etat étranger (3).

Venant à étudier le droit successoral quant à la loi qui doit le régir, M. de Savigny commence donc par rechercher quelle est la nature de ce droit (4). Il consiste essentiellement dans un prolongement de la volonté de l'homme au delà de son décès, volonté expresse lorsqu'il a laissé un testament, tacite dans le cas contraire. La consé-

(1) M. Lainé fait remarquer que la solution du conflit des lois d'après la nature des rapports juridiques était déjà préconisée au XIV[e] siècle par Barthole et l'ancienne école italienne.

(2) SAVIGNY. — *Op. cit.*, p. 30.

(3) SAVIGNY. — *Op. cit.*, p. 35.

(4) SAVIGNY. — *Op. cit.*, pp. 290et suiv.

quence logique de cette analyse est que le droit de succession est intimement lié à la personne du défunt, et que la loi la plus apte à le régir dans son ensemble est sa loi personnelle.

A part le motif théorique qui la fait adopter, cette loi est pratiquement préférable à toute autre en ce qu'elle conserve au patrimoine à la mort du testateur, et jusqu'au moment du partage, l'unité qu'il avait de son vivant. En appliquant une autre loi, par exemple celle de la situation territoriale de chaque bien, on aboutit au contraire au morcellement du patrimoine ; il se forme pour ainsi dire autant de successions distinctes que les biens sont disséminés sur des territoires soumis à des lois différentes ; il est en outre souvent malaisé, vu leur mobilité, de juger de la situation des meubles, à moins de leur assigner une place fictive, au domicile du de cujus, par exemple. Cette solution a de plus le défaut très grave de ne pas régler le sort des dettes et créances comprises dans la succession.

Ce dernier inconvénient disparaît sans doute en partie dans le système qui distingue dans les biens successoraux les meubles et les immeubles, ceux-ci étant seuls régis par la loi territoriale et supportant les dettes de la succession. Mais le patrimoine immobilier reste morcelé, et lorsqu'il s'agit de répartir les dettes, on risque de se heurter à des complications inextricables (1) sans compter qu'il vaudrait

(1) Cf. dans Lainé, *Introduction au droit international privé*, (tome II, pp. 307 et suiv.) les difficultés auxquelles donnaient lieu le payement des dettes dans l'ancien droit successoral.

mieux que les dettes fussent réparties sur l'ensemble de la succession.

C'est pourquoi le principe de M. de Savigny, permettant de considérer le patrimoine du défunt comme un tout, et soumettant à la loi personnelle du testateur à la fois les immeubles et les meubles, a une valeur pratique incontestable (1), et nous paraît conforme à la nature du droit de succession. La loi territoriale n'aurait pas en effet de raison sérieuse pour intervenir ici ; les lois de succession sont faites pour les personnes bien plus que pour les biens, elles font partie du droit de la famille, et l'Etat dont elles émanent n'a véritablement en vue que la protection de ses nationaux, et non celle des étrangers.

Cette question résolue, reste à savoir quelle sera la loi personnelle. Le choix est possible entre la loi du domicile du testateur et sa loi nationale.

Pour M. de Savigny, il n'y a pas de doute : « le domicile détermine régulièrement le droit territorial auquel chacun est soumis comme à son droit personnel » (2) ; c'est le domicile au jour du décès qui doit régler les conditions intrinsèques de validité du testament (3) et cela, quelque soit le tribunal chargé de se prononcer.

(1) Notons que les juristes italiens Albéric de Rosate et Barthélemy de Salicet, tenant compte de l'étroite relation de la loi successorale avec le droit de la famille, accordaient déjà la prépondérance en matière de succession, même immobilière, à la loi personnelle du défunt, quelque fût la situation des biens. Rosate recommandait la loi du domicile originaire, ainsi que Cujas le fit plus tard en France.

(2) Savigny. — *Op. cit*, p. 97.

(3) Savigny. — *Op. cit.*, pp. 307, 308.

Ce principe ne souffre de restriction que de la part des lois qui de leur nature sont territoriales (1). Ces lois, on les discernera d'après l'intention du législateur : ce sont celles qui ont un caractère rigoureusement obligatoire, basé sur un intérêt social, politique, ou de police. L'Etat étant responsable de l'ordre sur son territoire, a le pouvoir d'en imposer le respect à tous les individus, nationaux ou étrangers qui s'y trouvent. Par exemple, si la loi du domicile du testateur établit une incapacité pour cause d'hérésie, ou de mort civile, le juge dont l'Etat repousse cette incapacité comme immorale ne devra pas l'observer. La loi territoriale sera encore compétente, lorsqu'elle aura pour but plutôt la condition des immeubles que l'intérêt de la famille du testateur. C'est ainsi que M. de Savigny soumet à la loi de leur situation les fiefs (2), et les biens sur lesquels viendrait à s'exercer le droit d'aînesse (3), parce-que, d'après lui, l'institution des fiefs et du droit d'aînesse a un but politique.

Il ne saurait être évidemment question d'autoriser le rétablissement des anciennes relations féodales de fief servant à fief dominant entre les immeubles situés dans un pays où les terres ont été affranchies de cette dépendance, mais, au point de vue du droit d'aînesse, la décision de M. de Savigny nous semble, en théorie, très critiquable. M. Lainé fait observer à juste titre que, depuis la féodalité,

(1) Savigny. — *Op. cit.*, p. 35 et suiv.
(2) Savigny. — *Op. cit.*, p. 301.
(3) Savigny. — *Op. cit.*, p. 303.

le droit d'aînesse a perdu son rôle politique, qui était alors surtout de conserver la propriété foncière dans un état déterminé (1).

Il s'en suit que, si un législateur moderne maintient cette institution, il n'a plus guère en vue que la répartition des biens dans les familles suivant un mode qui leur conserve une physionomie traditionnelle, désirable à ses yeux. Mais il va sans dire que les familles visées par lui sont alors uniquement celles de ses nationaux, qu'il ne s'occupe pas des familles étrangères, et que les lois concernant le droit d'aînesse ont un caractère personnel et extraterritorial.

Le principe de la doctrine de M. de Savigny a un mérite indéniable. Mais les conséquences qu'il en a tirées ne sont pas toutes également admissibles. Il est certain qu'en accordant exclusivement à la loi du domicile le rôle de loi personnelle, il a méconnu l'importance de la loi nationale (2). En faisant dépendre la capacité du testateur de son domicile, on s'expose à des inconvénients fort graves. Prenons, parmi ces conditions de capacité, celle de l'âge. M. de Savigny détermine l'âge de la majorité testamentaire d'après la loi du domicile, au moment de la rédaction (3). Or cet âge n'est pas le même dans tous les pays,

(1) Lainé — *Op. cit.*, tome II, p. 300.

(2) Cf. Laurent. — *Droit civil Internat.* t. I, p. 638. D'après cet auteur, M. de Savigny avait prévu la théorie de la nationalité ; mais par suite de sa conception utopique d'un droit commun à tous les peuples, il n'avait pu admettre le principe de nationalité. Son idée d'un droit universel était incompatible avec celle de la particularité des droits nationaux.

(3) Savigny. — *Op. cit.*, p. 308.

et le législateur, dans chacun d'eux, s'est guidé, pour sa fixation, sur des éléments tels que la plus ou moins grande précocité de ses nationaux, leurs qualités de sérieux, l'état de leurs mœurs, sur ce qui détermine, en un mot, le degré de protection légale qui leur est personnellement nécessaire. Quel sera l'effet de la compétence de la loi du domicile? Supposons qu'un Russe, mineur de 21 ans, âge avant lequel sa loi nationale lui refuse la capacité de tester, vienne à transporter son domicile en Hollande, où l'on est à dix-huit ans pleinement capable de tester. D'après M. de Savigny, il se trouverait avoir acquis lui-même cette capacité par le seul fait de son déplacement. Cependant, il est de toute évidence que ses facultés intellectuelles et morales n'ont pas, durant le voyage, fait de progrès justifiant un pareil changement.

On peut renverser la proposition, le résultat ne sera pas plus satisfaisant : Le Hollandais âgé de dix-neuf ans qui, pour un motif quelconque, serait obligé d'aller s'établir en Russie, s'y verrait privé du droit de faire son testament avant d'avoir atteint l'âge requis par la loi russe. Il retomberait ainsi en état de minorité, alors que la loi hollandaise, plus compétente assurément que la loi russe pour juger de son degré de développement et de responsabilité, lui donne depuis un an déjà le droit d'agir en toute liberté. Il est inutile d'insister sur ce que ce système a de déplorable. Par son application, ou bien on soustrairait indûment la personne à la tutelle que le législateur de son pays estime lui être utile, ou bien, on en arriverait, selon la

remarque de M. Esperson, « à mettre un obstacle sérieux à l'exercice de la première et de la plus nécessaire des libertés de l'homme, celle d'habiter dans la partie de la terre où il espère parvenir à la plus grande perfectibilité possible dans l'ordre intellectuel, moral et économique. Il en viendrait en effet à en acheter l'exercice au prix exorbitant de la perte des droits personnels garantis par sa loi nationale (1). »

La prédominance accordée par M. de Savigny à la loi du domicile s'explique par le fait qu'en Allemagne, à l'époque de la confection de son ouvrage, il n'y avait pas à proprement parler de nationalité générale. L'Allemagne était alors divisée en un certain nombre de provinces jouissant respectivement de l'autonomie législative. A la solution du conflit des lois entre ces diverses législations on comprend que M. de Savigny ait appliqué le criterium du domicile, mais il n'a plus la même valeur lorsqu'il s'agit de régler des conflits entre lois nationales, et il est à ce point de vue presque unanimement abandonné de nos jours (2).

M. de Savigny n'a pas, en résumé, tiré de son principe

(1) Esperson. — *Journal du droit. int. pr.*. 1880, p. 250.

(2) Parmi les auteurs modernes, à part les jurisconsultes anglais et américains, le nombre de ceux qui rattachent encore la loi personnelle au domicile est de plus en plus restreint. Nous citerons : Demangeat, *Condition des étrangers en droit international privé*, p. 370. — Fœlix, édition Demangeat, t. i, p. 53. — Schæffner, *Entwicklung*, ch. II, p. 43 ss. — Phillimore, *International law*, III, p. 254. — Westlake, *Private International law*. p. 43. — Wharton, *Conflict of laws*, p. 22, § 8.

initial tout ce qu'il semblait promettre. M. Laurent dans le tome I de son *Droit civil international*, lui fait de plus le reproche de certaines contradictions qui montrent qu'il ne s'était du reste pas entièrement dégagé de l'influence de la tradition statutaire. Sa conception d'une communauté de droit entre les nations est incompatible avec la doctrine de la souveraineté absolue des Etats, exclusive de l'application des lois étrangères ; et pourtant il prétend qu'en droit, ce principe de souveraineté pourrait obliger les tribunaux d'un pays à écarter toutes les lois étrangères (1), observant seulement qu'en fait aucun Etat n'use de ce pouvoir.

D'autre part, son système, fondant l'extension des lois personnelles sur une idée obligatoire de droit, exclut logiquement celle de courtoisie. Cependant il invoque « l'accord amiable entre les nations » en invoquant Huber, Jean Voet, et Story (2).

Ces incertitudes ne doivent pas faire méconnaître l'importance du service par lui rendu à la science du droit international privé. Il laissait aux jurisconsultes qui, après lui, se sont inspirés de son système, la tâche d'en tirer d'autres conclusions, plus en rapport avec l'état moderne de la civilisation.

M. Lainé a su reprendre la doctrine de M. de Savigny, et lui donner une forme plus précise ; il l'a d'ailleurs développée, en tenant compte de la situation actuelle des Etats,

(1) Savigny. — *Op cit.*, pp. 28-29.
(2) id. id. p. 31.

où l'unité législative s'est faite peu à peu. Pour décider de la compétence en cas de conflits de lois, « il faut, dit-il, examiner attentivement la nature des divers rapports juridiques et le caractère des lois qui les régissent, se faire, sur ce point capital une opinion bien assise, puis, pour chaque rapport, selon le caractère de la loi qui lui est propre, donner la préférence à celle des lois en conflit que la raison désigne comme ayant dans l'espèce une compétence spéciale, prépondérante (1). »

Faisant ensuite application de ce criterium à la transmission des biens par succession, il arrive rationnellement à cette conclusion, que c'est à tort que l'on a fait parfois dépendre le droit successoral de l'organisation de la propriété, tandis qu'en réalité il est étroitement lié à l'organisation de la famille. Par suite, il donne la compétence à la loi personnelle, comme M. de Savigny, mais cette loi n'est plus la loi du domicile, c'est la loi nationale du défunt (2).

Le point de départ de la doctrine de Mancini, à laquelle se sont ralliés M. Weiss et M. Laurent, est différent de celui de M. Lainé. A son avis, il faut chercher le criterium de la loi compétente dans la personnalité du droit. La doctrine est ainsi formulée par M. Weiss (3) : « La loi, lorsqu'elle statue sur un intérêt privé, a toujours pour objet l'utilité

(1) Lainé. — *Etude sur le projet de révision du Code civil belge*, p. 10.
(2) Lainé. — *Op. cit.*, p.
(3) Weiss. — *Traité théorique et pratique de droit int. privé*, tome III, p. 63.

de la personne ; elle ne peut régir que ceux pour qui elle a été faite ; mais ceux-là, elle doit en principe les régir en tous lieux, et dans tous leurs rapports juridiques, sauf les exceptions ou atténuations qui résultent de l'ordre public international, de la règle *locus regit actum*, de l'autonomie de la volonté. »

Mancini (1) établit en principe que tous les hommes sont égaux par droit et par nature, et qu'ils doivent pouvoir exercer leur activité individuelle dans tous les pays sans qu'elle soit limitée par d'autres lois que celles garantissant l'ordre public et l'organisation des pouvoirs publics de chaque Etat. Ils seront donc gouvernés partout par leur loi privée nationale, celle-ci étant la mieux adaptée à leurs dispositions actuelles et à leurs besoins.

Dans cette loi privée nationale qui suit la personne à l'étranger, Mancini distingue deux parties, l'une, qu'il nomme « volontaire », comprend les dispositions de son droit national privé auxquelles il lui est simplement loisible de se référer ; ces dispositions concernent les biens, les contrats et obligations. Il donne à l'autre partie la qualification de « nécessaire », parce que l'individu est toujours obligé de s'y soumettre. Dans cette partie rentrent notamment les lois sur l'état et la capacité des personnes, les rapports de famille, les successions légitimes et testamentaires, quant à l'ordre de successibilité, à la réserve,

(1) MANCINI. — De l'utilité de rendre obligatoires les règles générales de droit international privé. *Journal du dr. int. pr.*, 1874, p. 221, p. 285.

à la quotité disponible, et enfin les lois sur la validité intrinsèque des testaments.

Au point de vue des biens successoraux, Mancini ne fait aucune distinction entre les meubles et les immeubles, et il ne s'inquiète pas non plus du pays où ils peuvent être situés. La loi nationale du défunt les régit tous uniformément (1). L'unité du patrimoine est ainsi respectée, comme elle l'était dans la doctrine de M. de Savigny.

Pour terminer l'exposé des principaux moyens imaginés en vue de résoudre le conflit des lois, nous citerons le criterium proposé par M. Pillet (2). D'après lui, il faut, pour mesurer l'effet extraterritorial de la loi, examiner la nature de la loi elle-même, « envisagée sous le point de vue le plus abstrait, indépendamment de sa forme, des personnes qui en doivent subir l'application, indépendamment même des modalités que le caprice du législateur peut lui donner ». L'élément essentiel de la loi, prise ainsi d'une façon abstraite comme moyen d'exercice de l'autorité législative, consiste dans son but social, lequel est d'atteindre un certain résultat correspondant à un besoin de la société. Ce but social de la loi, caractère qu'elle possède partout, M. Pillet le prend pour critérium devant servir à déterminer son degré d'extension hors de son territoire d'origine.

(1) Le Code civil italien dans les articles 6 et 8 de ses dispositions préliminaires a adopté des principes, et cela sans condition de réciprocité de la part des législations étrangères.

(2) PILLET. — Essai d'un système général de solution des conflits de lois. *Journal du Dr. int. privé*, 1894, p. 217, p. 711. 1895, p. 341, p. 500, p. 929. 1896, p. 5.

Sera territoriale la loi dont le but social serait manqué, si toute personne, étrangère ou nationale, ne lui était pas soumise dans chaque pays, et personnelle, ou extraterritoriale, celle dont le but social ne serait pas atteint si elle ne restait pas attachée à la personne en quelque pays qu'elle vienne à émigrer.

La loi personnelle, étant destinée à protéger et à favoriser l'activité de l'individu, devra, pour remplir son but, régir tous ses intérêts et en tous pays.

La loi territorirle, ayant pour objet d'assurer l'existence de l'Etat et le fonctionnement de ses organes s'imposera nécessairement, sur le sol du pays, non seulement aux nationaux, mais aux étrangers.

Ce criterium a le mérite de mesurer l'autorité internationale de la loi au but exact qu'elle poursuit, et de respecter chez le législateur national la souveraineté en vertu de laquelle il poursuit tel ou tel but social.

Si nous l'appliquons au conflit des lois successorales pour décider de la loi compétente, nous arriverons encore au même résultat qu'avec les méthodes antérieures. Le but social de ces lois est un but éminent de protection personnelle. La loi régissant le testament, quant à ses conditions de validité, sera donc la loi personnelle du défunt, c'est-à-dire sa loi nationale. Elle s'étendra à tous les biens de la succession, même aux immeubles situés à l'étranger. Peu importe, en effet, à l'Etat que tel ou tel étranger succède à un immeuble compris dans son territoire. Il n'a aucun

intérêt à leur imposer à cet égard sa loi successorale ; tandis qu'il a intérêt à régler lui-même les successions de ses nationaux à l'étranger. Il peut ainsi leur assurer, quelle que soit la situation des biens, outre les avantages pratiques de l'unité de succession, la protection de la loi qu'il a conçue selon leurs besoins.

Il est remarquable que la conclusion de M. Pillet, soumettant, en principe, les conditions intrinsèques de validité du testament à la loi nationale du disposant, soit également celle à laquelle aboutissent, avec MM. Mancini, Weiss et Lainé, la grande majorité des jurisconsultes modernes (1). Procédant par des méthodes rationnelles différentes, mais inspirés par le même principe supérieur de justice, ils ont finalement convergé vers la même solution. Cet accord dans le résultat ne semble-t-il pas un indice sérieux de son exactitude ?

A titre de loi personnelle, la loi nationale du disposant ou du légataire a donc remplacé, dans la doctrine, la loi du domicile, ainsi qu'elle tend d'ailleurs de plus en plus à la remplacer dans les législations positives.

La loi du domicile n'a conservé d'application que dans les cas où il est impossible de se prononcer sur la nationa-

(1) LAURENT, *Droit civil international*, tome II, p. 192 et suiv. — BROCHER, *Cours de droit int. pr.*, tome I, p. 101. — DE BAR, Du conflit entre la loi du domicile et la loi de la nationalité, *Journal du dr. int. pr.*, 1895, p. 29. — MOMMSEN, *Archiv. für die civil, Praxis*, tome LXI, p. 150. — DESPAGNET, *Précis de droit int. pr.*, p. 368 et suiv. — SURVILLE et ARTHUYS, *Cours élémentaire*, p. 159 et suiv. — SURVILLE, De la personnalité des lois envisagée comme principe de droit international privé, *Journal du droit int. pr.*, 1895, p. 243.

lité d'une personne (1). Il peut arriver qu'un individu n'ait pas de nationalité connue ; son état et sa capacité seront régis par la loi du domicile. L'Institut de droit international, dans sa session tenue en 1880 à Oxford, s'est décidé en ce sens. Il est encore possible qu'une personne ait deux nationalités. Née par exemple d'un père étranger dans un pays qui la considère comme sujette du fait de sa naissance, elle est également réclamée par le pays d'origine de son père. Si elle est domiciliée dans l'un des deux pays, on lui en appliquera la loi, interprétant le choix du lieu de son établissement comme un acquiescement à la loi de ce pays. Si son domicile n'est ni dans l'un ni dans l'autre, la loi compétente sera celle de ces deux pays qui se rapprochera le plus de la loi du domicile.

On a encore prétendu appliquer à l'étranger fixé hors de sa patrie la loi de son domicile lorsque son pays se compose d'un certain nombre d'Etats ou de cantons ayant leur législation particulière, comme aux Etats-Unis et en Suisse. Le motif invoqué était la difficulté qu'il y avait de choisir, au point de vue d'attribution de la compétence, entre le domicile originaire et le dernier domicile acquis dans l'un de ces Etats ou cantons. M. Weiss fait observer avec raison l'arbitraire de cette règle : c'est la loi de l'Etat fédéral ou de la confédération qui doit régler à l'étranger la situation de son national.

Une difficulté peut se présenter, du fait que tous les pays

(1) Cf. WEISS, *op. cit.*, tome III, p. 72. PILLET, *op. cit. Journal du dr. int. pr.*, 1895, p. 249.

n'ont pas actuellement adopté le principe d'après lequel la loi personnelle se détermine par la nationalité. Il arrive parfois que la loi de l'étranger renvoie expressément à la loi d'un autre pays comme compétente à raison du domicile. Dans ce cas, il est bien certain que la loi étrangère ne doit jamais s'interpréter comme un renvoi à la loi sur le statut personnel, sinon le juge pourrait se trouver enfermé dans un cercle vicieux. Supposons, en effet, que la loi du juge consacre l'application de la loi nationale comme loi personnelle : il serait obligé en se conformant à la loi de son pays de se reporter à la loi nationale étrangère, qui, précisément, s'est désistée en faveur de sa propre loi. Le renvoi doit donc être interprété comme un renvoi à la loi successorale.

Ce principe est très nettement dégagé par M. Despagnet. « Lorsque le législateur, dit-il, renvoie à la loi étrangère pour le règlement d'un rapport de droit, c'est qu'il estime que l'application de cette loi est commandée par la nature même du rapport juridique dont s'agit. Il se réfère donc aux dispositions de la loi étrangère sur la réglementation *de ce rapport*, mais il n'entend nullement s'en rapporter aux idées du législateur étranger sur la détermination de la loi applicable, ni accepter de sa part un renvoi à sa propre législation qu'il a cru devoir écarter dans l'espèce (1). » (2)

(1) DESPAGNET. — *Précis de droit international privé*, n° 157.

(2) Le renvoi à la loi étrangère peut aussi résulter implicitement des circonstances. Certains pays règlent les conditions de transmission héréditaire des immeubles par la loi de leur situation, alors que d'autres, selon les principes que nous avons adoptés, appliquent, à

Il nous reste, après avoir admis en principe la compétence de la loi personnelle du défunt quant aux conditions intrinsèques de validité du testament, à examiner l'étendue d'application de cette loi.

Les conditions de capacité, nous l'avons vu, sont intimement liées à la nationalité respective du disposant et du légataire : c'est toujours d'après la loi de leur patrie que l'on devra juger si le disposant était ou non capable de tester, et si le légataire avait l'aptitude nécessaire pour recevoir par testament.

Mais si nous envisageons le contenu de l'acte, dès qu'il s'agit de savoir s'il convient d'étendre la compétence de la loi nationale du défunt à la validité de toutes les dispositions prises, l'objection de l'ordre public se présente aussitôt.

On distingue, en général, deux catégories de lois d'ordre public : les lois d'ordre public interne, qui ne régissent que les nationaux, et les lois d'ordre public international, dont la portée est absolument générale, et qui s'appliquent indistinctement à tous (1).

la totalité du patrimoine du *de cujus*, une loi unique, sa loi nationale. Un Français, par exemple, meurt en Italie. Dans son testament, il dispose d'immeubles situés en Italie. Sa loi nationale fait régir les immeubles dépendant de sa succession par la loi de leur situation ; mais, de son côté, la loi italienne se réfère à la loi du défunt. Dans ce cas, il y a lieu d'appliquer la loi nationale du testateur en ce qu'elle se réfère, sur un point particulier, à une disposition de la loi étrangère.

(1) Voy. WEISS, *op. cit.*, tome III, p. 85. — DESPAGUET, *Précis de droit international priv.*, p. 176.

Les particuliers, que leur droit privé accompagne à l'étranger, ne peuvent, en aucun cas, l'opposer aux règles d'ordre public international du pays dont ils sont les hôtes. Ce principe, personne n'a jamais essayé de le contester; chaque Etat est absolument maître d'adopter les mesures qu'il croit nécessaires à la garantie de son existence et à la sécurité des organes qui sont l'instrument de sa souveraineté. Il est également seul juge des lois à établir pour la protection de l'ordre social et des bonnes mœurs dont il est seul responsable vis-à-vis de ceux qui vivent sur son sol. A ces différents points de vue, les nations sont comme isolées, et leur législation est purement territoriale. Elle s'impose à tous les individus, nationaux ou étrangers, qui se trouvent sur leur territoire, et elle régit tous les faits qui doivent s'y accomplir.

La difficulté n'est pas de justifier le pouvoir absolu de l'Etat en matière d'ordre public, mais bien de déterminer les lois d'ordre public international qui doivent prendre un caractère obligatoire aussi absolu. On place généralement au premier rang celles qui appartiennent au droit public (1) et au droit pénal; on y comprend également, en

(1) Pour plus de précision, nous ne croyons pas inutile de donner ici une définition de l'objet du droit public. Nous l'empruntons à Mancini : « Le droit public, sur le territoire de la souveraineté dont il émane, sert à fixer la forme du gouvernement, la constitution et la délégation des pouvoirs publics, l'étendue et les limites de l'exercice de ces pouvoirs, les relations qu'ils doivent avoir avec les individus habitant le même territoire, les règles générales de leur action politique, et en outre les prohibitions et les obligations qui sont réputées nécessaires pour la sécurité et la prospérité de la vie sociale.

principe, les lois présidant à l'organisation de la propriété foncière, et les lois d'ordre économique, par exemple celles qui interdisent les fidéicommis et celles qui règlent le régime hypothécaire.

Pour ce qui est des autres lois ayant un caractère plutôt moral, il est pour ainsi dire impossible d'en dresser la nomenclature d'une façon précise.

La forme du texte, prohibitive ou impérative, ne saurait être donnée à l'interprète comme critérium d'une valeur certaine. Le juge devra surtout pénétrer l'esprit de la loi, et se rendre compte du but que le législateur a voulu atteindre.

L'article 6 des dispositions préliminaires du Code civil italien a essayé de donner une énumération détaillée des lois auxquelles le droit privé de l'étranger ne peut apporter de dérogation. En voici le texte: « Nonobstant les dispositions des articles précédents, dans aucun cas les lois, les actes et les sentences d'un pays étranger, et les dispositions et conventions privées ne pourront déroger aux lois prohibitives du royaume qui concernent les personnes, les biens, ou les actes, ni aux lois relatives en quelque manière que ce soit à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. »

Cet article est sans doute plus explicite que les articles 3 et 6 du titre préliminaire de notre Code civil ; néanmoins il est incontestable que la notion d'ordre public, ayant pour

et les principes servant à régler les rapports privés de façon à atteindre ce but. » *Journal du Dr. int. pr.*, 1880, p. 253.

base l'utilité publique, est une chose essentiellement relative et susceptible de varier dans un même pays selon les époques et les circonstances. Par suite, il est indispensable de laisser au juge une grande liberté d'appréciation. C'est à lui qu'incombrera la tâche, dans la plupart des cas quelque peu complexes qui se présenteront, de décider, à l'aide de son propre jugement et de sa conscience, s'il est opportun d'imposer à des étrangers, comme loi d'ordre public, telle ou telle disposition de sa loi nationale. Il va sans dire qu'avant de se résoudre à créer, par sa décision, un obstacle à l'application du principe primordial de l'extraterritorialité des lois privées, il devra s'être bien convaincu que la solution contraire aurait infailliblement pour résultat de mettre l'ordre public en péril.

C'est en se basant sur ce caractère restrictif des lois d'ordre public que l'on a reproché aux partisans du système de l'extraterritorialité de la loi nationale de ressusciter en quelque sorte l'ancienne opposition statutaire, en renversant simplement l'ordre des facteurs. Pour eux, dit-on, l'extraterritorialité des lois serait la règle, la territorialité, l'exception. Cette objection n'est pas sérieuse. Les lois territoriales ne constituent pas une exception à l'extraterritorialité des lois. Il y a là deux ordres de droits indépendants l'un de l'autre, ayant chacun une importance égale, mais dont l'action ne s'exerce pas avec la même étendue parce que leur but n'est pas le même. Le but essentiel des lois auxquelles nous accordons l'extraterritorialité est un but de protection de l'individu. Celui des lois d'ordre public, qui

sont territoriales, est d'assurer, dans chaque Etat, la sécurité et la prospérité de la vie sociale.

Nous voilà loin du principe formulé par Jean Voët, à savoir que « les lois, émanation de la souveraineté, régissent tout ce qui se trouve sur le territoire du souverain » (1). De son temps, on considérait en quelque sorte l'Etat comme un propriétaire territorial, d'où cet exclusivisme du droit local. A l'époque actuelle, l'Etat ne nous apparaît plus sous le même aspect. Nous avons de sa souveraineté une tout autre conception : il n'en résulte plus un pouvoir sans limite ; des devoirs s'y attachent, correspondant à une mission sociale, qui est d'assurer sur le territoire le règne du droit et de la justice.

Or, l'équité demande, nous l'avons constaté, que dans la mesure du possible les lois nationales faites pour les personnes les régissent en tout lieu, d'abord parce qu'elles sont naturellement les mieux adaptées à leur individualité, puis, dans un but pratique, afin d'éviter que l'incertitude ne s'introduise dans leur droit privé. Nous en avons conclu que les conditions intrinsèques de validité du testament devaient être en principe régies par la loi nationale du testateur et que l'Etat n'avait droit et intérêt à régler sur son territoire les dispositions testamentaires des étrangers qu'en tant qu'elles mettraient en cause l'ordre public international.

(1) Jean VOET. — *Comm. ad Pandectas*, XXII, t. II, 85.

*
* *

Ayant ainsi déduit les principes susceptibles de guider le législateur dans l'attribution de la compétence soit à la loi nationale des intéressés, soit à la loi du pays où le testament doit produire ses effets, nous allons examiner les diverses conditions intrinsèques auxquelles la validité de cet acte peut être subordonnée, et nous donnerons, à mesure, l'indication de la loi qu'il nous semble préférable de leur appliquer.

Les conditions intrinsèques de validité du testament ont en vue à la fois la capacité du testateur et du légataire, et la nature des dispositions contenues dans le testament.

Parmi celles qui ont trait à la capacité de tester se présente en premier lieu la condition de majorité. Nous en avons déjà parlé.

La loi nationale du testateur déterminera l'âge où il pourra tester, et la proportion dans laquelle il pourra disposer de ses biens. De même pour la capacité du prodigue, de la femme mariée, ou de la personne dont les facultés mentales sont atteintes ; si la loi de leur patrie les déclare incapables de faire un testament, ou ne les y autorise qu'en exigeant certaines formalités, elle devra être observée par les tribunaux de tous les pays, car c'est à elle seule qu'il appartient de protéger les intérêts de famille de ses nationaux ; c'est elle aussi qui fixera les caractères de la prodi-

galité et les présomptions d'après lesquelles on jugera de la démence d'une personne.

Par contre, des motifs d'ordre public international auront parfois pour résultat de laisser tester valablement dans un pays un étranger que sa loi personnelle privait de ce droit. Le cas se produira lorsque l'incapacité frappant cet étranger aura une cause, que, pour des raisons morales ou sociales, l'Etat où il a émigré refuse d'accepter, par exemple, la mort civile, la profession religieuse, l'hérésie.

C'est également d'après sa loi nationale que nous apprécierons la capacité du légataire. Cette loi décidera souverainement de la validité des dispositions faites en faveur d'un enfant non encore conçu, non encore né, ou né sans être viable. Le même principe de respect pour la façon dont la loi nationale a cru devoir régler l'organisation de la famille pourra faire maintenir à l'étranger l'incapacité de recevoir de l'enfant né hors mariage vis-à-vis de ses parents. Nous l'écarterons, au contraire, lorsque l'incapacité de recevoir aura été encourue à titre d'hérétique, de religieux ou de condamné à la mort civile.

Si nous passons des incapacités absolues aux incapacités relatives, c'est-à-dire à celles qui n'interdisent les libéralités testamentaires qu'entre certaines personnes déterminées, l'incapacité de recevoir étant alors corrélative de l'incapacité de léguer dans la même circonstance particulière, nous appliquerons à chacun sa loi nationale (1).

(1) Weiss. — *Op. cit.*, tome IV, p. 615.

Dans cette catégorie d'incapacités rentrent celle du pupille, lorsqu'il ne peut faire un legs à son tuteur avant l'apurement du compte de tutelle; celle du malade, lorsque sa loi personnelle lui défend de gratifier dans son testament le prêtre ou le médecin qui l'ont assisté au cours de la maladie dont il est mort; celle du testateur, vis-à-vis du notaire qui a reçu l'acte.

On a soutenu qu'à l'égard de ces incapacités relatives il était préférable de s'en référer toujours à la loi du testateur. Pour justifier ce système, on prétend que l'incapacité du gratifié n'est que la conséquence, et, par suite, l'accessoire de l'incapacité du disposant (1). En réalité, il est la plupart du temps très difficile de discerner qui, du testateur ou du légataire, la loi a visé principalement, et M. Weiss observe avec raison qu'on serait trop souvent tenté de chercher l'intention du législateur dans la disposition du texte. Cette méthode, renouvelée de Barthole, et qui lui a valu jadis d'innombrables sarcasmes, ne serait du reste d'aucune sûreté. Il est donc plus prudent de juger de l'incapacité de chacun d'après sa loi personnelle.

Toutefois, lorsqu'il s'agit d'un enfant adultérin ou inces-

(1) C'est ainsi que M. Pillet, dans son *Essai d'un système général de solution des conflits des lois*, se fondant sur le but social que la loi a voulu atteindre, fait dépendre l'incapacité du médecin du statut personnel de son malade, et celle du tuteur du statut personnel du pupille. — *Journal du dr. int. pr.*, 1895, p. 505. — Cf. également Baudry-Lacantinerie et Colin, *Traité des donations entre vifs et testaments*. tome I, numéros 645 et suiv.

tueux dont la loi personnelle ne lui permet pas de recevoir de ses père et mère autre chose pue des aliments, un motif d'ordre public international suffirait, au cas où la loi personnelle de ceux-ci leur laisserait la faculté de le gratifier plus largement, à l'empêcher d'être leur légataire (1). Il y a là une question primordiale de préservation des bonnes mœurs et de la morale publique.

Quant à l'incapacité de l'enfant naturel vis-à-vis de ses parents, nous ne croyons pas devoir la considérer comme d'ordre public international (2). La paternité naturelle offre en effet un caractère infiniment moins grave que la paternité adultérine ou incestueuse ; aussi nous contenterons-nous d'appliquer ici le principe général, qui consiste à faire régir la capacité de l'enfant et celle des parents par leur loi nationale respective. Peut-être même le jour n'est-il pas éloigné où les pays qui auront relevé la situation sociale de l'enfant naturel considéreront son incapacité particulière comme contraire à leur ordre public international et permettront à l'enfant naturel étranger, malgré l'interdiction de sa loi personnelle, de profiter, sur leur territoire, à l'égal de leurs nationaux, des libéralités testamentaires de ses parents.

De ce que la loi nationale du légataire est compétente pour juger de sa capacité de recevoir, on tirera logiquement la conclusion suivante : c'est elle également qu'il

(1) Weiss. — *Op. cit.*, tome IV, p. 618.
(2) *Contrà :* Weiss. *Op. cit.*, tome IV, p. 618, note 1.

importe de consulter pour la désignation des personnes qui seraient regardées comme interposées et mises à la place de l'incapable. En effet, c'est à la loi qui édicte une prohibition que revient le soin d'empêcher qu'elle ne soit éludée.

Pour déterminer l'époque à laquelle la capacité doit exister, il y a lieu de suivre des règles différentes suivant qu'il s'agit du testateur ou du légataire. La capacité du testateur doit exister à deux moments : à celui de la confection de l'acte, et à celui de son décès. Si donc il vient à changer de nationalité dans l'intervalle, on appréciera sa capacité d'après la loi dont il ressortissait à chacune des deux époques. Il ne suffirait pas qu'il ait été capable à l'une ou à l'autre. Il faut, selon la distinction de M. de Savigny (1), que l'acte ait été valable *en fait*, à l'époque de sa rédaction, et *en droit* à l'époque de son décès. Au cas où un individu qui avait atteint la majorité testamentaire, acquerrait une nouvelle nationalité dont la législation ne reconnaitrait à ses ressortissants la capacité de tester qu'à un âge supérieur au sien, on lui conservera néanmoins, comme un droit acquis, sa capacité antérieure (2). Quant au légataire, il suffit, naturellement, qu'il soit capable au moment du décès du testateur, car c'est alors seulement que nait son droit au legs.

En outre de la capacité du testateur et du légataire, il

(1) Savigny. — *Op. cit.*, tome VIII, § 377.
(2) Savigny. — *Op. cit.*, tome VIII, p. 164.

faut encore, pour la validité intrinsèque des dispositions testamentaires, qu'elles ne contreviennent pas aux lois ayant un caractère d'ordre public international dans le pays où l'acte produira ses effets.

Ainsi, la défense faite par le testateur d'aliéner les biens légués, ou de les saisir, la constitution de fiefs, de majorats, l'établissement de servitudes personnelles sur la terre, la condition de rester dans l'indivision, ne seront valables, en admettant que la loi personnelle du disposant les autorise, que si elles ne sont pas incompatibles avec les principes d'ordre public international de l'Etat sur le territoire duquel le testament doit recevoir son exécution.

Nous croyons, au contraire, qu'il faudra s'en référer à la loi nationale seule pour décider de la validité de dispositions consacrant le droit d'aînesse, ou excluant de la succession la fille dotée. On fait remarquer à bon droit que chaque Etat est maître de donner à la famille de ses nationaux l'organisation qui lui semble la meilleure, et qu'un Etat étranger n'a aucun intérêt à s'immiscer dans de pareilles questions.

Quant aux conditions contraires aux lois ou aux mœurs, les dispositions qui les concernent sont d'ordre public international. Il appartiendra donc aux tribunaux de chaque pays de décider de leur validité et de leur effet sur la validité de l'ensemble du testament.

La conférence de droit international privé réunie à la Haye en 1900 a consacré les articles suivants à la solution

des conflits de lois relatifs aux conditions intrinsèques de validité du testament. Après avoir dans l'article 1er fait régir la validité des dispositions testamentaires par la loi nationale du disposant, elle ajoute :

Article 3. — La capacité de disposer par testament ou par donation à cause de mort est régie par la loi nationale du disposant.

Article 4. — La loi nationale du défunt ou disposant est celle du pays auquel il appartenait au moment de son décès.

Néanmoins la capacité du disposant est soumise aussi à la loi du pays auquel il appartient au moment où il dispose.

Toutefois si le disposant avait dépassé l'âge de la capacité fixé par la loi du pays auquel il appartenait au moment de la disposition, le changement de nationalité ne lui fait pas perdre cette capacité à raison de l'âge.

Article 5. — La capacité des successibles, des légataires et des donataires, est régie par leur loi nationale.

Article 7. — Nonobstant les articles qui précèdent, la loi nationale du défunt ne sera pas appliquée lorsqu'elle serait de nature à porter atteinte, dans le pays où l'application devrait en avoir lieu, soit aux lois impératives, soit aux lois prohibitives consacrant ou garantissant un

droit ou un intérêt social, déclarées par une disposition expresse applicables aux successions, aux donations à cause de mort et aux testaments des étrangers.

Est également réservée l'application des lois territoriales qui ont pour but d'empêcher la division des propriétés rurales.

CHAPITRE II

DES CONDITIONS EXTRINSÈQUES DE VALIDITÉ DU TESTAMENT.

Une personne absente momentanément de son pays ne peut généralement pas se conformer pour les actes juridiques qu'elle aura à accomplir aux formes prescrites par sa loi personnelle. Aussi a-t-on depuis longtemps admis que les formes extérieures des actes sont soumises à l'application de la règle *locus regit actum*, c'est-à-dire qu'elles sont déterminées par la loi du lieu où l'acte est passé.

Cette règle a été dégagée, dès le début de la théorie des conflits, par l'école des glossateurs. Il est même remarquable que c'est à l'occcasion d'une contestation sur la validité d'un testament que Cynus de Pistorio, dans son commentaire sur la loi *Cunctos populos*, formule notre règle. Il s'agissait de savoir si le testament fait à Florence devant sept témoins devait être reconnu valable à Bologne, où l'on exigeait dix témoins. Cynus de

Pistorio après avoir constaté que la question n'avait pas été tranchée jusque-là, et que les biens de Florence étaient attribués par Jacobus de Ravena à l'héritier institué, et les biens de Bologne à l'héritier légitime, ajoute que dans son temps l'idée commençait à se faire jour, de juger de la validité extrinsèque du testament d'après la *lex loci actûs*. « Quidam moderniores, dit-il, putant quod institutus habebit omnia bona, *quia debet attendi locus ubi fit testamentum et dispositio hæreditatis*, licet bona sint alibi. »

C'est à Barthole que revient l'honneur d'avoir le premier fixé dans des termes précis la règle qui était destinée à gouverner dans l'avenir la forme extérieure des actes juridiques (1).

En France la règle *locus regit actum* (2) rencontra pendant longtemps un obstacle dans le système féodal de la territorialité des coutumes. En effet, dans le système français, on considérait que les formes requises soit pour aliéner, soit pour léguer par testament un immeuble, dépendaient, non de la coutume où l'acte d'aliénation ou de testament avait été dressé, mais de la coutume de la situation de l'immeuble. C'était là une conséquence du principe de la territorialité des coutumes.

Cependant, avec la théorie des statuts, la règle *locus*

(1) *Comment. de summa Trinitate code, ad legem Cunctos populos*. N°ˢ 21 et 22.

(2) Sur l'historique de la règle *locus regit actum*, cf. LAINÉ, *op. cit.*, tome II, p. 328 et suiv.

regit actum devint en faveur parmi nos anciens jurisconsultes. Dumoulin reprit, au XVI[e] siècle, les idées de Barthole (1) et ses successeurs contribuèrent à les faire tromipher, au moins en ce qui concerne le testament authentique. Quant au testament olographe, les avis étaient partagés ; Bouhier (2) et Boullenois (3) persistaient à faire régir le testament olographe par la loi personnelle du testateur, tandis que Ricard (4) et Pothier (5) se prononçaient pour l'extension de la règle. De même la jurisprudence de nos Parlements (6) admettait la règle *locus regit actum* pour le testament authentique ; mais la question de savoir si elle devait être appliquée au testament olographe était très controversée. Actuellement, sauf dans la législation anglo-américaine, les formes du testament sont réglées pour ainsi dire partout suivant la loi en vigueur dans le pays de sa confection.

On s'est demandé quel était le fondement rationnel de la règle *locus regit actum*.

Les anciens auteurs lui donnaient pour base la soumission volontaire et momentanée de l'étranger à la loi du lieu où il passait l'acte. L'étranger, disait-on, devient, quant à ses actes, sujet temporaire de l'Etat sur le territoire

(1) DUMOULIN. — *Comment. in Cod. De Summa Trinitate*, lib. I, tome IV.

(2) BOUHIER. — *Cout. Bourg*, tome I, ch. XXVIII, n[os] 15 et 21.

(3) BOULLENOIS. — *Traité de la réalité*, tome II, p. 78.

(4) RICARD. —*Traité des donations*, n[os] 1286-1560.

(5) POTHIER. — *Traité des donations*, ch. I, art. 2, § I.

(6) Parlement de Rouen, 9 août 1635. — Cf. BRILLON, *Dictionnaire des arrêts*, v[o] *testaments*, p. 656. — RICARD, *op. cit.*, n[o] 1293.

duquel il agit, tout en restant d'ailleurs soumis quant à sa personne aux lois de son pays.

Cette explication n'est pas satisfaisante, car si l'étranger ne fait que se soumettre volontairement à la souveraineté locale de l'Etat où l'acte se passe, spécialement du pays où il fait son testament, ce n'est pas une raison pour que cet acte, pour que ce testament soit nécessairement reconnu dans un autre pays. Or l'un des caractères principaux de notre règle est précisément d'être universelle, et de rendre l'acte pleinement valable en tous lieux.

Faut-il chercher alors la justification théorique de notre règle, comme l'a fait M. de Bar (1), dans le consentement unanime et traditionnel des nations? La question ne se trouve pas ainsi non plus résolue, car ce qu'il s'agit de démontrer, c'est que cet accord séculaire, ce consentement traditionnel, est conforme à la raison.

Une autre explication a été proposée. On a prétendu que l'application de la loi locale à la forme des actes se justifiait par une idée d'ordre public, par les raisons d'ordre politique, religieux ou économique, qui ont fait admettre ces formes (2).

Mais, en admettant que ces formes fussent d'ordre public, il faudrait encore préciser le rayon d'action de cet ordre public. Quant à nous, nous ne voyons réellement pas en quoi l'ordre public d'un Etat pourrait être intéressé à ce qu'un

(1) De Bar. — *Rechts Encyclopedie*, p. 685.
(2) Buzzati. — *L'autorita delle legi straniere relative alla forma degli atti civili.*

étranger, passant sur son territoire, y fasse son testament dans une forme plutôt que dans une autre. Cet intérêt nous semble d'autant moins explicable que, la plupart du temps, les biens dont cet étranger dispose seront situés en dehors des frontières.

Devons-nous donc renoncer à découvrir la solution du problème, et considérer l'adage *locus regit actum* comme une règle de pur droit positif sans justification théorique possible? Cette conclusion, d'éminents jurisconsultes, parmi lesquels nous citerons M. Pillet (1), ont cru devoir l'admettre.

Il nous semble cependant que la règle *locus regit actum* n'est pas difficile à justifier, tant au point de vue de son utilité pratique qu'au point de vue rationnel.

Tout d'abord, une explication qui nous paraît très admissible, c'est que les lois régissant la forme des actes sont en général conçues bien plus dans l'intérêt particulier des personnes que dans un intérêt d'ordre public. Nous disons donc que la règle *locus regit actum* a pour objet principal la protection des intérêts privés. Le plus souvent, en effet, il est impossible aux nationaux de suivre hors de leur pays les prescriptions de leur loi personnelle, ou d'observer les formes du lieu dans lequel sont situés les biens dont ils disposent dans l'acte. Prenons un exemple : Une personne, appartenant à un pays où le testament authentique doit être reçu par un juge, se trouve dans un

(1) Pillet. — *Journal du dr. int. pr.*, 1895, p. 935.

pays où les testaments authentiques sont reçus par les notaires. Il est certain que, si sa loi nationale ne lui permettait à l'étranger que l'usage du testament authentique, sans l'autoriser cependant à suivre les formes locales, elle se verrait obligée de renoncer à tester. A l'égard des actes authentiques, la règle *locus regit actum* se déduit donc d'une nécessité évidente.

Pour les actes sous seing privé, la nécessité de la règle n'apparaît pas aussi clairement. Supposons qu'un étranger veuille rédiger en France un testament en forme olographe. Rien ne l'empêche de dresser cet acte dans la forme étrangère ; c'est lui-même qui l'écrit, donc il est maître de le faire comme il l'entend. Pourtant il est possible que l'intéressé n'ait pas les connaissances juridiques suffisantes et qu'il ignore les formalités prescrites, même à peine de nullité, par sa loi nationale. Il est donc, ici encore, très utile, sinon nécessaire, que cette loi tienne pour valable l'acte passé selon la forme locale. Le testateur pourra en effet presque toujours observer les formes du lieu où il se trouve, en s'entourant au besoin des conseils d'hommes de loi.

Les considérations qui précèdent sont d'ordre pratique, et démontrent que la règle *locus regit actum* a pour raison d'être l'intérêt privé des particuliers. Mais en dehors de ce fondement utilitaire, cette règle n'est pas dépourvue, comme on l'a prétendu, de toute justification rationnelle.

Dans chaque Etat, les lois qui règlent la forme des actes s'inspirent de considérations locales. Le législateur en les

promulguant, a pour but de garantir la sincérité des actes et la liberté des parties. Suivant le tempérament dominant de ses nationaux, suivant l'état des mœurs et de la civilisation, il devra, par conséquent, pour atteindre le résultat qu'il poursuit, établir des formes plus ou moins minutieuses. Dès lors, il est rationnel, pour apprécier la validité des formes d'un acte, de se référer à la législation qui est en vigueur dans le lieu où l'acte a été passé.

La règle *locus regit actum*, universellement admise, donne donc à l'étranger la faculté de recourir, pour la confection de son testament, aux formes consacrées par la loi locale. Mais ne lui serait-il pas loisible, en admettant que la chose lui fût matériellement possible, d'employer les formes admises par sa loi personnelle? En d'autres termes, doit-on considérer la règle *locus regit actum* comme impérative ou facultative ?

En ce qui concerne les testaments authentiques, il n'y a pas de doute. Ils seront nécessairement toujours dressés dans la forme locale. Cette solution est inévitable. De même, en effet, que les officiers publics français ne peuvent instrumenter que dans la forme française, de même les officiers publics étrangers ne peuvent instrumenter que dans la forme étrangère à l'égard des Français qui auraient recours à leur ministère.

La question ne se pose, par suite, que pour les testaments en forme privée.

Les auteurs qui font dépendre la règle *locus regit actum* d'une soumission temporaire de l'étranger à la

souveraineté de l'Etat sur le territoire duquel il se trouve, arrivent fatalement à en faire une règle obligatoire dans tous les cas, car il ne saurait être au pouvoir de l'individu de se soustraire au devoir d'obéissance qu'entraîne pour lui la soumission à la souveraineté étrangère.

A notre sens, la règle *locus regit actum* présente au contraire un caractère facultatif. Nous venons de voir en effet que cette règle se fonde, avant tout, sur l'utilité particulière, sur l'intérêt privé des nationaux qui se trouvent en pays étranger, et qui peuvent être amenés, soit par nécessité, soit par ignorance de leur propre loi, à rédiger leur testament d'après la loi locale. Le législateur, en faisant dépendre la validité de l'acte des formes du lieu où il a été passé, a eu l'intention évidente de favoriser ses ressortissants, en leur évitant autant que possible le risque de confier leurs dernières volontés à un acte entaché de nullité. Or cette mesure, dont l'esprit de faveur ne fait pas de doute, ne doit naturellement pas se retourner contre eux, ainsi qu'il arriverait s'ils étaient contraints de respecter des formes locales dont ils n'auraient pas toujours le temps ni le moyen d'avoir acquis une connaissance parfaite (1).

Cette solution a d'ailleurs été consacrée par le projet de revision du Code civil belge, et par la troisième conférence

(1) WEISS, *op. cit.*, tome III ; p. 108. SURVILLE et ARTHUYS, *Cours de droit international privé*, p. 124. — PILLET, *Journal du dr. int. pr.*, 1895, p. 948. — Douai, 13 janvier 1887, D., 87, 2, 121.

de droit international privé, tenue à la Haye en 1900, qui a adopté l'article suivant :

Article 2. — Les testaments et les donations à cause de mort sont valables, en ce qui concerne la forme, s'ils satisfont aux prescriptions, soit de la loi du lieu où ils sont faits, soit de la loi du pays auquel appartenait le disposant au moment où il disposait.

Néanmoins, lorsque, pour les donations ou pour les testaments faits par une personne hors de son pays, la loi nationale de cette personne exige, comme condition substantielle, que l'acte ait une forme déterminée par cette loi nationale, le testament ou la donation ne peut être fait dans une autre forme.

En résumé, le testament devra donc être tenu pour valable, au point de vue des conditions de forme, aussi bien lorsque le testateur aura suivi la loi du pays où il l'a fait que dans le cas où il aura suivi les prescriptions de sa loi nationale. Il n'y a pas à distinguer s'il s'agit d'un mode de tester ou d'un autre. La règle *locus regit actum* s'applique aux actes sous seing privé comme aux actes authentiques.

Nous écartons donc l'opinion émise par d'anciens commentateurs, et que nous rencontrerons en traitant du droit positif français, opinion d'après laquelle la loi qui autorise le testament olographe serait une loi de capacité obligatoire par le testateur hors de son pays. Un individu dont la loi nationale admet, expressément ou tacitement, le testament olographe, peut tester en cette forme en suivant les

prescriptions de la loi locale. Il s'agit là, en effet, purement et simplement d'une loi de forme, et, à ce titre, la règle *locus regit actum* lui est applicable.

Remarquons toutefois que le bénéfice de la règle *locus regit actum* n'est en général, selon l'expression de M. de Bar (1), « qu'une concession présumée ou tacite faite par la législation du pays d'origine » ayant pour but de venir en aide au national, que la nécessité de recourir pour la confection de son testament aux formes en usage dans son pays, placerait dans une situation très embarrassante. Elle peut donc être écartée par une disposition formelle et expresse de la loi personnelle (2).

Nous verrons, par exemple, en étudiant le droit positif français, qu'une opinion très accréditée prétend trouver une disposition de ce genre dans l'article 999 du Code civil et écarte, en conséquence, la règle *locus regit actum* pour le testament fait par le Français à l'étranger dans la forme olographe.

De même les articles 982 et 992 combinés du Code civil néerlandais défendent aux nationaux des Pays-Bas qui se trouvent à l'étranger de tester par acte sous seing privé, si ce n'est pour certains objets de peu de valeur.

(1) De Bar. — *Journal du droit international privé*, 1887, p. 698.

(2) Cf. En ce sens : Cours de Liège, 27 mars 1890. *Revue pratique de droit int. privé*, 1890-1891, I, p. 155 ; — Gênes, 4 août 1891. *Journal du dr. int. pr.*, 1893, p. 955. — *Contra*, Orléans, 3 août 1859. D. 59, 2, 158.

Ces prohibitions, quelque regrettables qu'elles puissent paraître au point de vue rationnel, doivent cependant être respectées. Elles émanent en effet de lois qui ont le droit de commander à leurs nationaux et de fixer les conditions de validité de leur testament.

DEUXIÈME PARTIE

DROIT POSITIF

CHAPITRE Ier

LÉGISLATION FRANÇAISE

Section I

DES CONDITIONS INTRINSÈQUES DE VALIDITÉ DES TESTAMENTS

Lorsque nous avons, dans la première partie de cette étude, fait l'exposé des règles rationnelles qu'il serait souhaitable, selon nous, de voir universellement admises relativement aux conditions intrinsèques de validité des testaments, nous avons dit que la loi nationale du disposant ou des légataires devrait recevoir son application dans tous les cas où elle ne contreviendrait pas, dans le pays où l'application devrait en avoir lieu, aux lois d'ordre public international, qui doivent avoir une portée générale et s'imposer à tous.

Plaçons-nous maintenant au point de vue de la loi française et recherchons la solution qu'il convient de donner aux conflits relatifs à la capacité du testateur et du légataire et aux dispositions contenues dans le testament.

A. *Capacité du testateur et du légataire.* — A quelle loi faut-il s'attacher pour résoudre la question de savoir si le disposant avait la capacité de disposer et le gratifié, la capacité de recevoir ?

Il y eut, dans notre ancien droit, de violentes controverses à cet égard. Sans entrer dans le détail de ces controverses, rappelons que l'Edit perpétuel des Flandres du 12 juillet 1611, inspiré par d'Argentré, s'était prononcé pour l'application rigoureuse de la *lex rei sitæ*.

Son article 13 est ainsi conçu « Si ès lieux de résidence des testateurs et de la situation de leurs biens, y a diversité de coutumes pour le regard de ces dispositions de dernière volonté, nous ordonnons qu'en tant que touche la qualité desdits biens, si on en peut disposer, en quel âge et avec quelle forme et solennité, on suivra les coutumes et usances de la situation ». Et Boullenois s'exprimait encore de la façon suivante :

« Il faut incontestablement dire qu'un homme capable par la loi de son domicile de tester ne porte cette capacité pour des biens situés partout ailleurs, parce que la coutume du domicile, qui n'a pas en cette partie le concours du bien général, ne lui donne cette capacité que pour

disposer des biens qui sont dans l'étendue de son territoire. »

La personnalité des lois relatives à la capacité du testateur fut défendue cependant par des auteurs considérables, notamment par Ricard, dans son Traité des Donations (1) et par Bouhier, dans ses observations sur la coutume du duché de Bourgogne (2).

« Ne serait-il pas absurde, dit ce dernier auteur, que le testateur fût dans son domicile capable de faire son testament, et qu'il ne le fût pas dans un autre ? Quel embarras cela ne jetterait-il pas, soit dans l'administration de ses biens, dont une partie serait dans une autre commune, soit dans sa succession ? »

De nos jours, tout le monde est d'accord pour admettre qu'en France, la capacité de recevoir ou de disposer par testament est régie par la loi nationale du disposant et du gratifié. Cette règle découle, par analogie, de l'article 3, alinéa 3, de notre Code civil, aux termes duquel l'état et la capacité des Français sont réglés en tous lieux par la loi française.

Il faudra par suite se reporter à la loi nationale du testateur pour savoir à quel âge il peut faire son testament. L'Anglais, mineur de vingt-et-un ans, qui a conservé son domicile en Angleterre, l'Italien qui n'a pas atteint l'âge de dix-huit ans révolus, ne pourront faire un testament

(1) Ricard. — *Traité des donations* II, n° 311, p. 80.
(2) Bouhier. — *Observations sur la coutume de Bourgogne*, ch. XXIII, n°s 62 et 63.

valable au regard de la loi française. Au contraire, l'Espagnol âgé de plus de quatorze ans pourra tester valablement en France, bien que la loi française fixe à seize ans l'âge compétent pour faire un testament sur la moitié des biens.

De même ce sera d'après la loi nationale des époux qu'il faudra résoudre la question de savoir si la femme mariée a besoin de l'autorisation de son mari pour faire un testament. Ainsi la femme californienne, non autorisée de son mari, ne pourra être admise à tester en France, puisque la loi de son pays le lui interdit.

Il faut également conclure de notre principe que c'est à la loi nationale de déterminer l'étendue de l'incapacité résultant de l'insanité d'esprit du disposant.

D'une façon générale, on devra donc accepter l'effet des incapacités absolues de disposer déterminées par la loi nationale du testateur, et cela alors même que le légataire serait Français ou que le bien légué serait situé en France.

Toutefois, il se présente certaines difficultés au sujet des jugements qui entraînent la déchéance de la capacité de disposer ou de recevoir à titre gratuit.

D'après certains auteurs, il faudrait accepter les conséquences de ces jugements en tous pays, parce qu'elles forment un élément du statut personnel des condamnés (1).

Suivant d'autres, il faudrait rechercher si le jugement criminel frappe un étranger ou un sujet du pays dans

(1) Despagnet, *Précis*, p. 591.

lequel il a été rendu. Dans le premier cas, à supposer qu'un Français ait été condamné à l'étranger, on ne saurait lui opposer en France les déchéances résultant du jugement criminel étranger (1).

Enfin d'après une troisième opinion, qui nous semble préférable, l'incapacité qui résulte d'un jugement criminel étant une peine, le principe de la souveraineté s'oppose à ce que cette incapacité puisse être invoquée en dehors du pays où le jugement dont elle résulte a été prononcé (2).

Quoi qu'il en soit, la loi nationale de l'étranger ne pourra jamais prévaloir contre l'ordre public international français.

Ainsi, quelques législations édictent des incapacités contre certaines personnes à raison de leur race, de leur religion, de la proscription politique dont elles ont été l'objet, de leur profession, à raison de la mort civile dont elles auraient été frappées.

Il y aura lieu de refuser tout effet à ces incapacités sur le sol français en ce qui concerne la faculté de disposer par testament. C'est ainsi que les religieux autrichiens feront en France un testament que nos tribunaux devront tenir pour valable, quoique la législation autrichienne les frappe de l'incapacité de tester.

Lorsqu'il s'agit de déterminer la capacité du légataire,

(1) Brocher, *Rev. du droit international*, 1871, p. 439.

(2) Valette sur Proudhon, *Traité des Personnes*, I, p. 336. — Aubry et Rau, *op.cit.*, I, p. 98. — Garraud, *Précis*, p. 149. — Cassation 14 avril 1868. S. 68, 1, 183, ; D. 68, 1, 262.

c'est aussi à sa loi personnelle qu'il convient de se reporter, sauf les restrictions commandées par l'ordre public international (1). Ceci revient à dire que les incapacités absolues de recevoir sont de statut personnel, comme les incapacités absolues de disposer.

En conséquence, serait valable en France le legs fait au profit d'un enfant anglais simplement conçu, même s'il ne naît pas viable, puisque la loi anglaise en admet la validité. Il faudrait en dire autant du legs fait au profit de l'enfant même non conçu, qui naîtra d'un Italien vivant lors du décès du testateur.

En ce qui concerne les condamnés, nous déciderons, comme nous l'avons fait plus haut à propos de l'incapacité de disposer, que l'incapacité de recevoir résultant d'un jugement criminel rendu à l'étranger ne pourra, en aucun cas, être invoquée en France. Le legs fait au condamné produira donc ses effets.

Nous croyons qu'il faut également considérer comme valable en France, pour des raisons d'ordre public international, le legs fait à un étranger que sa loi nationale déclare incapable pour cause d'hérésie, de mort civile, ou pour cause politique.

Il existait autrefois, dans l'article 912 du Code civil, une cause d'incapacité absolue de recevoir à titre gratuit. Aux termes de cet article, on ne pouvait disposer à titre gratuit au profit d'un étranger que dans le cas où cet

(1) V. toutefois Antoine, *op. cit.*, n° 92, qui soumet cette capacité à la loi nationale du testateur.

étranger aurait pu disposer au profit d'un Français. Sous la Restauration, une loi du 14 juillet 1819 a abrogé cette disposition, et accordé aux étrangers le droit de disposer et de recevoir « de la même manière que les Français, dans toute l'étendue du royaume ». Les étrangers ont ainsi été relevés de l'incapacité qui créait entre eux et les Français une inégalité difficilement justifiable en principe.

Nous avons parlé jusqu'ici des incapacités absolues de disposer et de recevoir, c'est-à-dire des incapacités absolues qui existent à l'égard de tous. Les incapacités relatives, c'est-à-dire celles qui n'existent que par rapport à certaines personnes, sont soumises aux mêmes principes. Toutefois, comme ces incapacités sont toujours doubles, comme elles concernent à la fois le disposant et le gratifié, elles donnent lieu à une difficulté particulière lorsque les personnes entre lesquelles elles existent sont de nationalité différente. Quelle loi faut-il suivre? Celle du testateur ou celle du légataire?

Selon certains auteurs, il suffirait que l'incapacité existât dans la loi nationale du disposant ou dans celle du gratifié pour vicier la libéralité. Par exemple, la loi française interdit au mineur de disposer au profit de son tuteur ; la loi anglaise, au contraire, admet la libéralité. Néanmoins, le tuteur français ne pourrait rien recevoir, même à l'étranger, de son pupille anglais ; car si le mineur n'est pas incapable de disposer d'après sa loi personnelle, le tuteur est incapable de recevoir d'après la loi française. La solu-

tion serait la même dans le cas où le legs aurait été fait par un malade français au profit d'un médecin étranger. Les tribunaux français devraient également annuler le legs fait par un Italien au profit d'un notaire français, car si ce dernier est capable de recevoir d'après la loi française, le testateur décédé était incapable de disposer d'après sa loi personnelle. On remarque, à l'appui de ce système, qu'il n'y pas de motif pour consulter l'une des lois en présence à l'exclusion de l'autre ; chacune a son domaine propre ; chacune doit régir la condition de ceux qui lui ressortissent (1).

On a critiqué cette opinion, en faisant observer que dans toutes les incapacités relatives de disposer et de recevoir, il y avait une incapacité pour ainsi dire primordiale, dont l'autre n'est que la conséquence. Il faut donc, dit-on, déterminer d'abord, en cas de conflit de législation, quelle est l'incapacité principale, rechercher ensuite si elle existe dans la loi nationale de l'intéressé. Si cette loi n'a pas jugé à propos d'édicter d'incapacité, l'incapacité accessoire n'a plus de raison d'être, et il n'y a pas à en tenir compte.

Ainsi, dans le cas prévu par l'article 907, premier alinéa, du code civil, c'est le mineur que la loi a voulu protéger contre l'influence de son tuteur, celui-ci pouvant le dominer tant que son compte de tutelle n'est pas rendu et apuré. On devra donc rechercher si l'incapacité de dispo-

(1) Weiss, *Traité*, IV, p. 614. — Champcommunal, *Revue critique de législat. et de jurispr.*, 1896, p. 411.

ser existe dans la loi nationale du mineur, sans se préoccuper des dispositions de la loi personnelle du tuteur. Au contraire, dans l'hypothèse de l'article 909, on considère l'incapacité qui frappe les médecins, chirurgiens et les ministres du culte de recevoir des libéralités de leurs malades comme établie dans l'intérêt de ces derniers, et on en déduit que la loi nationale des malades doit être seule prise en considération.

Quelque séduisant que soit ce système, nous avons cru devoir l'écarter dans notre partie théorique. Il se heurte, en effet, selon nous, à une objection décisive. Comment parviendra-t-on à pénétrer d'une façon certaine l'intention du législateur à propos de toutes les incapacités relatives de disposer et de recevoir qu'il a édictées? Comment pourra-t-on savoir de façon certaine qu'il a entendu protéger le disposant plutôt que le gratifié? Il serait imprudent, avons-nous remarqué, de chercher un critérium dans les expressions qu'il a employées, car le législateur, en voulant frapper une personne de l'incapacité de disposer, édictera parfois contre une autre, une incapacité de recevoir.

Il n'en va pas autrement dans l'article 909 du Code civil, qui, dans l'intention certaine de protéger les malades, établit contre les médecins et les ministres du culte, une incapacité de recevoir.

D'ailleurs, un nouveau débat s'institue parmi les partisans du système que nous combattons, lorsqu'il s'agit de

déterminer l'incapacité qui est principale par rapport à l'autre.

A propos de l'incapacité du médecin, les uns tiennent pour suffisant que le testateur soit capable d'après sa loi nationale (1). Les autres se prononcent au contraire pour l'application exclusive de la loi du légataire (2). Ce désaccord montre suffisamment qu'il est arbitraire d'attribuer à l'une ou à l'autre des incapacités concurrentes un caractère principal ou accessoire.

Nous concluons donc qu'en matière d'incapacités relatives, le disposant et le gratifié doivent être respectivement capables, chacun au regard de sa loi personnelle.

L'incapacité des enfants naturels de recevoir de leurs parents avait donné lieu, avant 1896, à certaines difficultés. On se demandait si l'étranger pouvait léguer à son enfant naturel de nationalité française une libéralité supérieure à celle que la loi française de succession lui permet de recevoir. La loi du 25 mars 1896 qui est venue permettre aux parents de l'enfant naturel de lui léguer tout ou partie de la quotité disponible a enlevé à cette question la plus grande partie de son intérêt.

Mais la question se pose encore aujourd'hui relativement aux enfants adultérins ou incestueux. L'étranger pourra-t-il, si sa loi l'y autorise, léguer à son enfant plus

(1) Despagnet, *op. cit.*, 3e édition, n° 390.—Rougelot de Liancourt, *du conflit des lois françaises et étrangères*, p. 279. — Asser et Rivière, *Eléments de Dr. intern. pr*, p. 139.

(2) Laurent, *op cit.*, t. vi, p. 372.

que de simples aliments ? Il faut répondre négativement pour deux raisons.

D'abord les dispositions restrictives de l'article 908 au sujet des enfants adultérins ou incestueux sont d'ordre public international et lient, par conséquent, les testateurs étrangers.

D'autre part, d'après la solution que nous avons donnée à la question précédente, il convient de décider que le légataire étant incapable de recevoir en vertu de la loi française, la libéralité ne peut être exécutée.

Les présomptions d'interposition de personnes, n'étant que le corollaire des dispositions relatives aux incapacités de recevoir et de disposer, doivent être soumises logiquement à la loi qui régit ces incapacités.

Il suffira donc, pour qu'elles soient admises, qu'elles se trouvent dans la législation du disposant ou dans celle du gratifié.

Rappelons que, pour apprécier la capacité du testateur ou du légataire, telle que nous venons de la déterminer, il y a lieu de se placer à des époques différentes selon qu'il s'agit de l'un ou de l'autre.

Le testateur devra être capable de tester à deux moments, non seulement à l'instant de sa mort, mais encore à celui de la rédaction de l'acte.

Quant au légataire, il suffit qu'il soit capable lorsque son droit vient à s'ouvrir, c'est-à dire au jour du décès du disposant.

B. *Dispositions contenues dans le testament.* — En supposant remplies les conditions de capacité, et en réservant la question de quotité disponible qui n'entre pas dans le cadre de cette étude, le testateur peut disposer de son patrimoine comme il l'entend.

Est-ce à dire que sa liberté ne subit aucune restriction ? Telle n'est pas notre pensée. Nombre de législations édictent des prohibitions que les testateurs doivent respecter. Il en est ainsi de la prohibition des substitutions, et de celle des conditions impossibles, illicites, ou contraires aux bonnes mœurs. Quelle sera donc la loi dont il y aura à tenir compte ? Sera-ce la loi nationale du testateur ou la loi de la situation des biens ?

L'étude approfondie de l'article 3, alinéa 3, du Code civil, et l'analyse des travaux préparatoires prouvent qu'en 1804 le législateur français a entendu faire revivre dans les conflits internationaux la théorie qu'avait construite notre ancien droit.

Or, jusqu'à la fin de l'ancien droit, les auteurs placent au premier chef dans le statut réel la matière des successions immobilières. Lorsqu'une succession comprenait des biens sur le territoire de plusieurs coutumes, la dévolution s'opérait conformément à la coutume de leur situation. Nous avons montré, dans notre première partie, que ce système présentait le grave défaut de briser l'unité de la succession. Malgré cet inconvénient, notre ancien droit a persisté à appliquer jusqu'au bout le principe de la territorialité. En ce qui concerne les successions mobilières,

une réaction se produisit à partir du xv[e] siècle, où nous voyons apparaître une règle nouvelle : « les meubles suivent la personne du défunt, « *mobilia personam sequuntur.* » Cette règle eut pour but pratique d'éviter précisément le morcellement de la succession mobilière. On supposa, sous forme de fiction, que les meubles héréditaires se trouvaient concentrés au domicile du *de cujus* ; puis, cette concentration opérée, on les soumit à la loi unique de leur situation fictive, à celle du domicile du défunt. Ce qu'il y a de remarquable, c'est que la règle « *mobilia personam sequuntur* » n'était en aucune façon une règle de statut personnel, mais une règle de statut réel qui se trouvait alors déterminé par un déplacement fictif du patrimoine mobilier.

Telles étaient les solutions admises par l'ancien droit. Les immeubles étaient régis strictement par la *lex rei sitæ*, les meubles par la loi du domicile du défunt. Nous avons vu que les rédacteurs du Code civil n'avaient pas eu l'intention d'abandonner les bases essentielles de l'ancienne doctrine statutaire. Nous dirons donc que dans le droit positif actuel, il faut appliquer aux immeubles héréditaires la loi de leur situation, tandis que les meubles doivent être régis par la loi du domicile du défunt.

C'est, en conséquence, à ces lois qu'il y aura lieu de se reporter pour déterminer avec précision les restrictions que subit la liberté du testateur.

Ce système, que la jurisprudence a depuis longtemps

(1) Trib. civil de la Seine, 9 mars 1895.— *Journal du dr. int., pr.*

consacré (1), a été critiqué avec force, soit en ce qui touche à la dévolution héréditaire des meubles, soit même en ce qui touche à la dévolution héréditaire des immeubles. On a soutenu que c'était la loi personnelle du *de cujus* qui devait présider à la transmission de son patrimoine. Cette seconde doctrine est conforme aux solutions théoriques que nous avons dégagées dans la première partie de cette étude, mais, malheureusement, il nous paraît indiscutable qu'elle n'est pas celle du Code civil.

Quoiqu'il en soit, les auteurs que nous combattons sont bien obligés de reconnaître que la loi personnelle du testateur cessera d'être compétente, dès qu'elle sera en opposition avec des règles d'ordre public international. Or ils admettent justement que ce caractère appartient à l'article 900 du Code civil, qui prohibe les conditions impossibles, illicites ou contraires aux bonnes mœurs, et à l'article 896 qui interdit les substitutions fidéicommissaires. Par des voies différentes, on arrive donc, au point de vue qui nous occupe, à des conclusions sensiblement identiques.

Remarquons, en effet, qu'en acceptant le système de la jurisprudence, il n'y a pas d'intérêt, dans la plupart des cas, à relever le caractère d'ordre public international des dispositions dont il s'agit, puisqu'on applique, en principe la loi de la situation des biens. Dans le seul cas où la loi étrangère, selon le système de la jurisprudence, pourrait être invoquée relativement à des biens situés en France, c'est-à-

1895, p. 628. — Trib. civil de la Seine, 7 juillet 1899. — *Journal du dr. int. pr.*, 1900, p. 158.

dire lorsque le testament a pour objet des meubles, et que le testateur est domicilié à l'étranger, il est à présumer que les tribunaux, prenant en considération les motifs qui ont fait édicter les articles 900 et 896 du Code civil, écarteraient l'application de la loi étrangère.

La seule divergence susceptible de se produire entre les deux systèmes se manifesterait alors à l'occasion des substitutions permises par les articles 1048 et 1049 du Code civil. Il est en effet incontestable que l'ordre public international n'est pas intéressé à l'application de ces dispositions. Conséquemment, dans le système des auteurs, il y aurait lieu de se référer à la loi personnelle du disposant pour savoir si les substitutions permises par ces textes doivent ou non être reconnues en France. Dans le système de la jurisprudence, au contraire, ce sera la loi territoriale, s'il s'agit d'immeubles, et la loi du domicile du testateur, s'il s'agit de meubles, qu'il faudra consulter.

Nous n'insisterons pas sur l'application de l'article 900 du Code civil aux conditions impossibles. L'apposition de telles conditions à une clause testamentaire sera en effet généralement un indice défavorable de l'état mental du disposant, et l'article 901 du Code civil, qui lui interdit de disposer, rendra superflu le recours à l'article 900. Remarquons seulement que, dans le cas où l'on croirait nécessaire d'invoquer l'impossibilité de la condition, il ne suffirait pas que le légataire, par exemple, à qui elle impose l'exécution d'une œuvre littéraire ou artistique, ne

présentât aucune aptitude à ce genre de production, il faudrait qu'elle fût absolument irréalisable.

L'application de l'article 900 du code civil aux conditions illicites se rencontrant au contraire assez fréquemment dans la pratique, il n'est pas sans intérêt d'examiner ici quelles sont les conditions que la jurisprudence française fait rentrer dans cette catégorie. On peut les distinguer suivant qu'elles sont contraires aux lois, aux mœurs, ou qu'elles portent atteinte à la liberté individuelle ou à la liberté de conscience.

En mentionnant les conditions que l'article 900 du Code civil répute non écrites comme contraires aux lois, nous n'avons en vue, naturellement, que celles qui vont à l'encontre de lois présentant un caractère d'intérêt général, et s'imposant, à ce titre, au respect des étrangers aussi bien que des nationaux.

Parmi ces conditions, nous citerons, notamment, la défense faite par le testateur d'aliéner les biens légués, ou de sortir de l'indivision, dont l'observation constituerait un obstacle à la libre circulation des biens. La jurisprudence valide cependant cette condition lorsqu'elle n'a qu'une portée temporaire, et lorsqu'elle trouve sa justification dans l'intérêt légitime d'un tiers, à qui le testateur veut assurer, par exemple, le bénéfice d'un legs d'usufruit. Toutefois, la jurisprudence est incertaine quand la condition d'inaliénabilité est imposée dans une idée de protection du légataire que le disposant voudrait prémunir contre les dangers de sa prodigalité. A notre avis, la loi ayant déjà

fixé les moyens de protéger le prodigue, il est conforme à l'intérêt social de ne pas les étendre davantage. Nous n'admettrons pas non plus la validité de la défense de saisir, sauf les exceptions apportées par la loi ; elle est contraire à l'intérêt des créanciers du légataire. La jurisprudence valide pourtant la clause d'insaisissabilité à l'égard des créanciers antérieurs au legs (1).

Nous appliquerions également l'article 900 aux clauses pénales qui seraient destinées par le disposant à assurer l'exécution d'un legs fait à un incapable, à une substitution prohibée, et aux clauses contraires à l'organisation politique ou sociale du pays.

Les conditions contraires aux mœurs sont plus difficiles à apprécier. Le juge aura souvent à décider, d'après les circonstances, si la condition de ne pas se marier, de ne pas se remarier, d'épouser telle ou telle personne, doit être regardée comme rentrant dans la prohibition. Il n'y a pas de doute pour la clause qui aurait pour objet de déterminer un individu à embrasser une profession immorale.

Dans les conditions contraires à la liberté individuelle et à la liberté de conscience, nous rangerons la condition de demeurer perpétuellement à un même lieu ; mais celle de ne pas fréquenter un endroit ou une personne pourra être validée, si elle semble dictée par un motif sérieux. La condition de se faire prêtre ou religieux, envisagée

(1) Cass. 20 déc. 1864. D. 1865, 1, 24.

simplement au point de vue de la profession, ne sera pas en général annulable, s'il ressort de la vie antérieure du légataire qu'il se destinait déjà à l'état ecclésiastique.

La condition d'entrer dans une certaine profession sera licite ou non suivant la situation du gratifié.

Quant à la condition de se convertir à une certaine religion ou de la quitter, nous croyons qu'il faut lui appliquer l'article 900. Il en serait de même de la condition de ne pas exercer un droit politique.

Section II

CONDITIONS EXTRINSÈQUES DE VALIDITÉ DES TESTAMENTS.

Le Code civil français n'a pas reproduit, dans sa formule générale, la règle *locus regit actum*.

Cette règle avait été pourtant consacrée par l'article 6, du titre IV du projet de la Commission du Gouvernement dans les termes suivants : « la formalité des actes est réglée par la loi du lieu où ils sont faits et passés » (1).

Ce texte reçut l'approbation unanime des tribunaux, et la section de législation l'inséra dans son projet de loi sous l'article 4. Mais lorsqu'il fut soumis au Tribunat, on lui reprocha sa trop grande généralité (2), et, finalement, il a disparu, ainsi que celui qui concernait les meubles.

(1) Fenet. — Tome II, p. 6.

(2) Locré. — Tome I, p. 433. Dans la séance du 3 frimaire an X, le député Andrieux déclara qu'il serait très dangereux de convertir la règle *locus regit actum* en loi parce qu'elle était sujette à de fréquentes exceptions et qu'elle deviendrait fertile en applications fausses et en conséquences funestes.

Il ne faudrait pas conclure de là que les rédacteurs du Code civil ont entendu rejeter l'ancienne règle traditionnelle *locus regit actum*. S'ils l'ont écartée dans certains cas, comme pour l'hypothèque conventionnelle dans l'article 2128, ils l'ont au contraire reproduite dans la plupart des autres cas, et spécialement pour le testament.

Nous étudierons en deux paragraphes distincts les conditions extrinsèques de validité du testament des Français à l'étranger, et celles du testament des étrangers en France.

§ I. — Testament fait par un Français en pays étranger.

Aux termes de l'article 999 du Code civil, « un Français qui se trouve en pays étranger pourra faire ses dispositions par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'article 970, ou par acte authentique, *avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé* ».

Ce texte, on le voit, ne s'occupe que du testament du Français à l'étranger. Il décide que ce testament peut être fait dans la forme locale. Quant aux formes du testament de l'étranger en France, il n'en est pas question. La rédaction de cet article est très défectueuse, et elle a soulevé de grandes difficultés d'interprétation. Nous allons entrer dans le détail de ces difficultés, puis nous verrons par quelle loi, à défaut de texte précis, doit être régi en France le testament de l'étranger au point de vue de ses conditions extrinsèques.

Occupons-nous donc en premier lieu des règles concernant le testament du Français à l'étranger.

Il résulte de l'article 999, dont nous avons reproduit le texte, qu'un Français peut certainement faire son testament en pays étranger, soit en la forme olographe, soit en la forme authentique (1).

A. *Testament olographe.* — D'abord, le Français qui se trouve à l'étranger peut tester en la forme olographe. Remarquons cependant que l'article 999 n'autorise expressément l'emploi que de la forme olographe française. Faut-il en conclure que l'observation de la forme française est obligatoire? Le testament ne serait-il pas valable, d'après la loi française, s'il était fait dans la forme privée ou olographe réglée par la loi étrangère, au cas où cette forme ne serait pas celle de notre testament olographe ? Supposons, par exemple, une loi étrangère admettant que le testament puisse être écrit d'une main autre que celle du disposant, la signature de celui-ci suffisant pour la validité : un testament fait dans ces conditions par un Français devra-t-il être considéré comme valable ?

Cette question, qui était controversée dans notre ancien droit, est encore aujourd'hui l'objet de solutions très diverses.

Une partie très considérable de la doctrine admet la

(1) L'article 968 du Code civil interdisant formellement, afin d'assurer leur révocabilité, l'usage des testaments conjoints, les testaments faits par des Français en cette forme dans un pays étranger où elle serait admise, n'en seraient pas moins nuls.

validité de ce testament (1). Suivant les uns, l'article 999 ne contient aucune dérogation à la règle *locus regit actum* en tant qu'il s'agit du testament par acte privé. Sa formule, disent-ils, est purement énonciative, et le mot « pourra » qu'elle emploie n'implique aucune idée d'obligation. Le droit de tester en la forme olographe française ne doit pas être considéré comme une restriction apportée à la règle *locus regit actum* ; ce qu'il faut y voir, c'est une facilité accordée aux Français qui se trouvent à l'étranger. Notre texte se borne donc à consacrer le caractère facultatif de la règle.

Suivant d'autres auteurs, pour lesquels la règle *locus regit actum* est impérative, l'article 999 a pour but d'y déroger. Mais, de la façon dont ils interprètent ce texte, ils n'en font pas une disposition restrictive: ils disent en effet que l'article 999 établit une faveur spéciale pour les Français, et que l'intention du législateur a été de les soustraire, en ce qui concerne le testament olographe, au caractère impératif de la règle, et de leur faciliter ainsi, à l'étranger, l'exercice de leur faculté de tester.

Ayant ainsi écarté l'argument de texte, on remarque qu'il n'y a pas de raison de déroger ici à la règle *locus regit actum* : « La préoccupation constante des rédacteurs du Code, dit M. Weiss dans son *Traité de droit international* (2), a été sans aucun doute d'assurer à la volonté

(1) DEMOLOMBE, *op. cit*, t. XXI, n° 475. — WEISS, *op. cit.*, t. III, p. 625. — LAURENT, *Principes de droit civil*, tome VI, p. 688.

(2) WEISS. — *Op.* et *loc. cit.*

du *de cujus* son expression la plus exacte, et son exécution la plus complète ; mais ne serait-ce pas donner à cette préoccupation un inexplicable démenti que de refuser effet à un testament parfaitement régulier au lieu où il a été fait, et dont la sincérité est manifeste, par la seule raison que son auteur, peut-être éloigné de sa patrie depuis de longues années déjà, a omis une formalité exigée par sa loi nationale, et que vraisemblablement il ne savait pas utile? »

D'après une autre opinion, qui nous paraît plus exacte, l'article 999 n'admet la règle *locus regit actum* que d'une manière restrictive. Cet article signifie que le Français à l'étranger ne peut faire son testament dans les formes locales que s'il adopte la forme authentique. Préfère-t-il la forme olographe, il doit suivre les prescriptions de l'article 970 de notre Code civil.

Nous ne méconnaissons certes pas, au point de vue théorique pur, la valeur des considérations invoquées à l'appui du système adverse, mais elles ne sauraient prévaloir en présence du texte de la loi. L'article 999 ne dit pas, en effet, que le Français peut à l'étranger, tester dans la forme soit olographe, soit authentique, prescrite par la loi locale; il dit au contraire formellement que le Français y peut faire son testament par acte sous signature privée en suivant les prescriptions énoncées en l'article 970, ou par acte authentique selon les formes en usage dans le lieu où cet acte sera passé. Il établit donc de la façon la plus nette une antithèse entre le testament olographe

de l'article 970 du Code civil et le testament authentique pour la confection duquel on pourra suivre les formes prescrites par la loi étrangère.

Ce sont là les deux seules formes que le testateur français puisse employer à l'étranger. Le mot « pourra » fait uniquement allusion au choix que la suite du texte permet.

Pour soutenir que l'article 999 ne fait pas obstacle à l'emploi de la forme olographe étrangère, on est obligé de prêter au législateur une intention qui ne s'est manifestée en aucune façon au cours des travaux préparatoires, et qui est d'autant moins admissible qu'il s'est expliqué très clairement au sujet de l'emploi de la forme authentique.

Nous conclurons, en conséquence, que l'article 999 apporte à la règle *locus regit actum*, en ce qui regarde le testament olographe, une dérogation sans doute regrettable et injustifiée, mais néanmoins absolument certaine.

Il en résulte qu'un testament olographe fait à l'étranger par un Français ne serait pas valable s'il ne satisfaisait pas aux prescriptions de la loi française. Il en résulte également que si pour un motif quelconque il ne peut employer cette forme de testament, par exemple s'il ne sait pas écrire, il devra nécessairement recourir à la forme authentique. C'est ainsi que la loi française lui refuse le droit de faire un testament verbal ou nuncupatif, alors même que la loi locale en admettrait la validité (1).

(1) COLIN. — *Journal du dr. int. pr.*, 1897, p. 80 et suiv.
AUBRY et RAU. — 4e Edit., tome VII, p. 89, note 1.

Cette dernière conséquence est parfois présentée comme un inconvénient du système que nous avons adopté (1). Mais en réalité cet inconvénient n'est pas aussi sérieux qu'il semble au premier abord, car lorsqu'un pays ne connaît qu'une seule forme de testament, c'est toujours la forme authentique.

Lorsqu'on s'attache à l'opinion suivant laquelle un Français qui se trouve à l'étranger peut tester en la forme privée reconnue par la loi locale, il devient très important, pour apprécier la validité de ce testament, de connaître le lieu où il a été rédigé. Dans le système auquel nous avons cru devoir nous rallier et qui paraît d'ailleurs triompher en jurisprudence, cette recherche ne présente au contraire aucun intérêt, puisque la loi compétente pour juger de la validité du testament olographe est, quel qu'ait été le lieu de sa confection, la loi française.

B. *Testament authentique.* — En ce qui concerne le testament authentique fait par un de nos nationaux en pays étranger, nous trouvons dans l'article 999 une application pure et simple de la règle *locus regit actum.* Le testament est donc valable aux yeux de la loi française dès qu'il a été passé suivant la forme authentique du lieu de sa confection.

Pour apprécier la validité extrinsèque de cet acte, pour vérifier s'il répond aux conditions requises pour l'authencité, c'est exclusivement à la loi locale qu'il faudra s'en

(1) Weiss. — *Op. cit.*, tome IV, p. 623 et suiv.

rapporter. Peu importe, au demeurant, que cette loi subordonne le caractère d'authenticité à des conditions moins rigoureuses que la loi française; le testament sera valable par le fait seul que ces conditions auront été observées.

On demandera donc la définition de l'acte authentique, à propos du testament fait en pays étranger, à la loi de ce pays, et non à la loi française. Par suite, la présence à l'acte d'un officier public ne sera pas exigée lorsque la législation locale ne subordonne pas à cette condition l'authenticité du testament.

C'est ce qu'a très justement décidé la cour de Pau (1), au sujet d'un testament fait à la Louisiane par un Français en présence de cinq témoins, conformément à la loi du pays, qui considère comme authentique un testament rédigé dans ces conditions. La cour a du reste fort judicieusement remarqué, dans les motifs de sa décision, « que la différence établie par l'article 999 entre les deux manières de tester qu'il prévoit indique clairement l'intention du législateur de ne pas exiger, pour le testament authentique, qu'il soit retenu par un notaire ou tout autre officier public ayant mission de la loi; que s'il en eût été autrement, il n'eût pas manqué de s'en référer à l'article 1317, comme il s'en est référé à l'article 970 pour la formation du testament olographe. »

La cour de cassation (2) a appliqué les mêmes principes en validant un testament rédigé en Angleterre devant deux

(1) Pau, 26 juillet 1853, D. P. 1854, 2. 108 ; S. 1853, 2, 571.
(2) Cas., 6 février 1843. D. 1843, I, 208 ; S. 1843, I, 209.

témoins dans les formes de la *common law*, par ce motif que les témoins sont officiers publics délégués par la loi anglaise pour conférer à un testament le caractère d'authenticité.

Lorsqu'un testament fait à l'étranger par un Français est représenté comme authentique et conforme aux prescriptions de la loi locale, il y a lieu de décider, comme pour les actes authentiques rédigés en France, que « provision est due au titre », c'est-à-dire qu'il doit être présumé avoir été rédigé suivant les lois du pays de sa confection par cela seul qu'un officier public l'y a reçu. C'est donc à celui qui prétendrait que les formes locales n'ont pas été observées qu'incombe la charge d'en rapporter la preuve.

C. *Testaments reçus dans les consulats.* — Indépendamment des deux formes de testament prévues par l'article 999, les Français ne peuvent-ils pas tester à l'étranger dans une troisième forme? Les consuls français, compétents pour recevoir en général les actes qui intéressent nos nationaux, ne le sont-ils pas également pour recevoir leur testament ?

L'ordonnance de 1681 sur la marine leur attribuait expressément cette compétence. Voici en effet la disposition de cette ordonnance au sujet des testaments : « Les testaments reçus par le chancelier dans l'étendue du consulat, en présence du consul et de deux témoins, et signés d'eux, seront réputés solennels (1). »

(1) L. I, titre IX, art. 24.

Néanmoins les pouvoirs conférés aux consuls par ce texte leur ont été contestés depuis la rédaction du code civil, parce que ni le code civil ni aucune autre loi n'en fait mention. L'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII, a-t-on dit, abroge les anciens règlements et les anciennes ordonnances quant aux matières traitées par le code ; il abroge par suite notamment ceux qui traitent du testament.

Et comme l'article 999, qui s'occupe des testaments faits par nos nationaux à l'étranger, ne parle en aucune façon de la compétence des consuls, elle ne doit plus leur être reconnue.

Cette opinion est aujourd'hui abandonnée. Si en effet l'article 999 s'occupe des testaments faits par les Français à l'étranger, il ne vise que ceux qui sont faits sans l'intermédiaire des consuls. Les testaments reçus par les consuls sont restés en dehors de ses prévisions. Par conséquent, l'ordonnance de 1681 ne saurait être considérée comme abrogée.

On peut du reste ajouter que l'ancien article 994 consacrait implicitement la compétence reconnue aux consuls par l'ordonnance de 1681, puisqu'il enjoignait dans certains cas aux Français qui abordaient sur une terre étrangère de faire recevoir leur testament par des officiers publics de leur nation. Or ces officiers publics ne pouvaient être que les consuls.

Depuis la loi du 8 juin 1893, la question ne peut plus d'ailleurs être discutée. La compétence des chanceliers du consulat résulte d'une façon évidente du nouvel

article 988 du code civil, qui détermine les conditions dans lesquelles le testament devra être dressé. Cet article s'exprime en effet de la façon suivante : « Lorsqu'il y aura impossibilité de communiquer avec la terre, ou lorsqu'il n'existe pas dans le port, si l'on est à l'étranger, d'agent diplomatique ou consulaire français investi des fonctions de notaire... »

Déjà longtemps auparavant une circulaire ministérielle du 21 mars 1834 avait d'ailleurs autorisé les consuls à dresser les testaments des Français à l'étranger conformément à l'ordonnance de 1681.

La compétence des agents consulaires est donc désormais certaine. La seule question sur laquelle on discute encore, est celle relative à la détermination des formalités qu'ils doivent remplir pour la rédaction des testaments. A cet égard, les auteurs sont loin d'être d'accord.

Un premier système enseigne que l'ordonnance doit être considérée comme maintenue, tant au point de vue de la compétence des chanceliers de nos consulats qu'au point de vue des règles de forme concernant la rédaction des actes qu'ils reçoivent. Par suite, le testament reçu par le chancelier d'un consulat vaudra comme testament authentique lorsqu'il aura été reçu en présence du consul et de deux témoins, et qu'il aura été revêtu de leurs signatures.

L'article 24 de l'ordonnance de 1681, que nous avons reproduit plus haut, doit, dit-on, s'appliquer intégralement, puisqu'il est encore en vigueur. On ne saurait prétendre

en même temps qu'il subsiste pour déterminer les pouvoirs des chanceliers de consulat, et qu'il a perdu toute valeur quant aux formes qu'il prescrit. Le Code civil ne contient du reste aucune disposition qui ne puisse se concilier avec le texte de l'ordonnance.

D'après une seconde opinion, qui a été consacrée par plusieurs arrêts de la Cour de cassation, et qui semble gagner de plus en plus de terrain dans la doctrine, les règles de forme écrites dans l'ordonnance de 1681 doivent être complétées par les dispositions du droit commun.

L'argumentation de cette seconde opinion est la suivante : Si l'ordonnance reconnaît aux chanceliers de consulat le droit de recevoir un testament en présence du consul et de deux témoins, elle ne les affranchit pas des formalités imposées aux notaires par la loi du 25 ventôse an XI, ou par le Code civil, en ce qui concerne la rédaction des testaments publics. L'ordonnance se réfère implicitement et nécessairement aux dispositions du droit commun qui formaient autrefois les coutumes et l'ordonnance de 1735, et qui forment aujourd'hui, en remplacement de ces dispositions abrogées, le Code civil et la loi de ventôse an XI (1).

Ainsi, le testament du Français à l'étranger peut être reçu par les chanceliers du consulat en présence du consul

(1) Cas. 20 mars 1883. D. 1883, 1, 145 : S. 1883, 1, 249. — Cas. 3 juin 1891. D. 1892, 1, 317 ; S. 1893, 1, 401. — Weiss, *op. cit.*, tome IV, p. 629. — Despagnet, *op. cit.*, p. 288. — Valabrègue, *Revue pratique*, 1883, p. 193.

et de deux témoins. En outre sa rédaction doit alors être accompagnée des formalités prescrites par le Code civil et par la loi organique du notariat, c'est-à-dire qu'il doit être dicté, écrit et lu, de la manière indiquée par l'article 972 du Code civil.

Les chanceliers de consulat remplissent donc sur le territoire étranger le rôle réservé en France aux notaires. Le tribunal des conflits a jugé qu'ils doivent être assimilés à ces derniers, et rendus responsables comme eux de l'inobservation des formalités prescrites par la loi (1).

Dans les pays régis par les capitulations, les consuls jouissent d'une situation exceptionnelle ; ils sont investis d'attributions plus étendues, et ils bénéficient de l'immunité territoriale. Le consulat est réputé territoire français. On a cru pouvoir en conclure que les consuls envoyés dans ces pays devaient observer, non l'ordonnance de 1681, mais les règles du Code civil et celles de la loi sur le notariat (2).

Mais il nous semble qu'il y a là une exagération des immunités accordées aux consuls dans les pays hors chrétienté. Il est incontestable qu'ils bénéficient des garanties qui n'appartiennent d'ordinaire qu'aux agents diplomatiques. La fiction d'exterritorialité ne doit cependant pas être exagérée, et ne doit pas aller jusqu'à faire considérer les consulats de ces pays comme des portions du sol français, sur lesquelles s'appliqueraient toutes les lois françaises.

(1) Trib. des conflits, 6 avril 1889. S. 1891, 3, 48.
(2) Cas., 4 février 1863. D. 1863, 1, 306.

Nous estimons que nos consuls du Levant doivent se conformer, comme les autres consuls, à l'ordonnance de 1681.

Mentionnons, pour terminer, l'article 1000 du Code civil qui impose la formalité de l'enregistrement préalablement à la mise à exécution du testament. Ce texte est ainsi conçu : « Les testaments faits en pays étranger ne pourront être exécutés sur les biens situés en France qu'après avoir été enregistrés au bureau du domicile du testateur, s'il en a conservé un, sinon au bureau de son dernier domicile connu en France, et, dans le cas où le testament contiendrait des dispositions d'immeubles qui y seraient situés, il devra être, en outre, enregistré au bureau de la situation de ces immeubles, sans qu'il puisse être exigé un double droit. »

§ II. — **Testament de l'étranger en France.**

Le Code civil ne s'occupe nulle part des testaments faits par les étrangers en France. Pour déterminer les formes de leur rédaction, il faut donc, en l'absence de texte, se reporter aux principes généraux, et spécialement à la règle *locus regit actum*.

En vertu de cette règle, les étrangers peuvent tester valablement en France, soit dans la forme authentique, soit dans la forme mystique, soit même dans la forme olographe, et le testament sera pleinement valable s'il satisfait aux conditions exigées par le code civil français.

Toutefois il se peut que la loi nationale de l'étranger lui

interdise, ou simplement ne lui permette pas expressément de tester dans l'une des formes autorisées par la loi française. La règle *locus agit actum* devra-t-elle néanmoins s'appliquer ?

Cette question, qui fait encore l'objet de nombreuses discussions, s'est principalement posée à l'occasion du testament olographe.

Déjà, dans l'ancien droit, certains auteurs, et particulièrement Bouhier (1), voyaient dans la faculté de faire un testament olographe une dépendance du statut personnel. Il en résultait que le testateur ne pouvait user de cette forme, dans les pays où elle était admise, lorsque sa loi personnelle ne la reconnaissait pas.

Des auteurs modernes ont ressuscité la controverse, et ont prétendu, en s'appuyant sur de nouvelles raisons, que l'étranger ne pouvait faire un testament dans la forme olographe que si sa loi personnelle reconnaissait ce mode de tester. L'article 999 du Code civil, disent-ils, a décidé que les Français pourraient faire leur testament dans la forme olographe française ; il a donc admis implicitement que la loi qui accorde ou qui refuse cette faculté est une loi personnelle de capacité, obligatoire à ce titre pour les nationaux même à l'étranger. Par conséquent l'étranger qui doit être gouverné en France par sa loi nationale, ne peut faire un testament olographe si cette dernière ne reconnait pas cette forme de tester. « La loi du lieu de

(1) Bouhier, *op. cit.*, Ch. XXVIII, nos 20, 21, 24.

rédaction, dit M. Labbé (1), n'est pas compétente pour déterminer si un acte peut être fait sous signature privée, ou doit être fait en la forme authentique. Cette question doit être résolue d'après la loi nationale de la personne qui fait l'acte. Elle se rattache à la matière de la capacité. Si la personne peut, selon sa loi nationale, constater valablement par acte sous seing privé l'opération juridique qu'elle veut accomplir, elle peut en tout lieu user de cette liberté, et elle n'a pas à s'inquiéter des prescriptions d'une loi aux magistrats de laquelle elle ne demande aucun service. L'écriture privée émane de la personne, et est uniquement sous la loi personnelle ; elle n'a aucun lien vraiment juridique et sérieux avec le territoire où se trouve accidentellement l'auteur de l'écriture. »

D'ailleurs, cette solution, qui découle logiquement de l'article 999 du Code civil et des principes, se justifie parfaitement, dit-on, au point de vue rationnel. On ne saurait en effet attacher d'importance à l'indication du lieu où l'acte a été passé, car cette indication sera souvent mensongère, et il est trop facile à un particulier de prêter à son testament un lieu de rédaction autre que celui où il a été passé.

Nous estimons cependant que l'étranger qui se trouve en France peut employer la forme olographe française alors même que sa loi nationale ne la reconnait pas expressément. Les raisons invoquées à l'appui du précédent

(1) Cf. note dans Sirey, 1883, 2, 249.

système ne nous paraissent nullement décisives. La loi qui admet ou rejette le testament olographe n'est pas une loi personnelle, car elle ne régit par la capacité du testateur; elle ne dit pas si le *de cujus* est capable ou incapable de tester, elle dit *comment* il peut tester. La capacité de faire l'acte n'est pas en question; c'est la manière de mettre en œuvre cette capacité qui est incertaine et douteuse.

Il s'agit donc d'une loi de forme, à laquelle il convient d'appliquer la règle *locus regit actum*, et non d'une loi de fond.

Appliquer ici le principe qui gouverne les lois sur la capacité, c'est renoncer, selon la très juste remarque de M. Colmet de Santerre (1), à distinguer jamais les lois qui régissent la forme des actes; car il sera toujours facile, en employant une certaine tournure de phrase, en demandant, par exemple, si une personne a la capacité de faire un acte de telle ou telle manière, de faire d'une question de pure forme une question de capacité.

L'article 999 du Code civil constitue, remarquons-le bien, en ce qui concerne les Français qui font leur testament à l'étranger, une application du principe que la règle *locus regit actum* est toujours facultative. On ne saurait donc arguer de ce texte pour soutenir que le Code a abandonné la doctrine ancienne en ce qui touche les étrangers, et qu'il a méconnu le véritable caractère de la loi qui autorise la forme olographe des testaments.

(1) Colmet de Santerre, *Cours analytique*, tome IV, n° 138 bis, III.

Nous conclurons donc que l'étranger peut tester en France dans la forme établie par l'article 970 du Code civil, alors même que sa loi nationale ne consacre pas cette forme.

Le silence gardé par cette loi ne nous paraît pas être un obstacle à l'application normale de la règle *locus regit actum* (1).

Si, au contraire, la loi étrangère contenait une prohibition formelle d'employer le testament olographe, il faudrait s'incliner devant ses dispositions.

Ainsi, l'article 992 du Code civil des Pays-Bas dispose que « le Néerlandais en pays étranger ne pourra faire son testament *que par acte authentique* en la forme du pays », et l'article 982 du même code ne permet le testament olographe que pour des dispositions d'ordre secondaire, comme la désignation d'un exécuteur testamentaire, le règlement de la sépulture du *de cujus*, ou pour des legs de peu de valeur.

Ce serait appliquer la règle *locus regit actum* d'une manière abusive que d'autoriser le Néerlandais à faire son testament en France en la forme olographe au mépris de cette disposition formelle de sa loi nationale.

La formule du texte que nous venons de transcrire démontre que ses rédacteurs n'ont pas entendu, comme les rédacteurs de l'article 999 de notre Code, laisser au testateur hollandais la faculté de disposer à son gré, dans

(1) Weiss *op. cit.*, t. III, p. 634. — Cas. 9 mars 1853, D. 1853, 1, 217. — Tribunal d'Annecy, 6 février 1890. Journal *Le Droit*, du 15 avril 1890.

l'une ou dans l'autre des deux formes. Il y a une réelle entrave apportée à sa liberté. L'authenticité est considérée comme une véritable condition de validité de ses dispositions, et cette forme s'impose à lui en quelque lieu qu'il se trouve (1).

Avant d'être mis à exécution dans notre pays, le testament olographe ou mystique fait par un étranger en France doit, conformément à l'article 1007 du Code civil, et sauf dérogation résultant d'un traité conclu avec la nation à laquelle cet étranger appartient, être présenté au Président du Tribunal civil, qui, après avoir dressé un procès-verbal d'ouverture et de description, en ordonne le dépôt entre les mains d'un notaire. Cette règle a en effet pour but d'assurer la conservation de tout écrit sous signature privée présentant les apparences d'un testament, et elle doit s'appliquer à toutes les dispositions testamentaires rédigées par les étrangers qui viennent à mourir en France (2).

*
* *

Si la règle *locus regit actum* doit, selon nous, permettre en principe à l'étranger de tester en France dans

(1) Louis Renault, *Revue critique*, 1884. p. 735. — Pillet, *Journal du Droit int. pr.* 1894, p. 722. — Bartin, *Journal du Droit int. pr.* 1897, p. 491. — Weiss, *op. cit.*, tome iv. p. 636.

(2) Cf. Cas., 13 avril 1897. *Pand. françaises*, 97, 5, 25 et les conclusions de M. l'avocat général Desjardins; Cf. *Sirey*, 97, 1, 401 et la note de M. Audinet. — Nîmes, 12 décembre 1898. *Journal du dr. int. pr.*, 1899, p. 599.

les formes françaises, en vertu du caractère facultatif qne nous avons attribué à cette règle, il faut décider qu'il y peut également tester dans l'une des formes admises par sa loi nationale, et spécialement en la forme olographe, même si les formalités prescrites par cette loi sont moins solennelles que celles exigées par notre article 970 du Code civil.

Nous considérons donc comme valable le testament d'un Anglais rédigé en France, pourvu que, conformément à la loi anglaise, il ait été signé par le testateur en présence de deux témoins, qui ont certifié sa signature (1).

Cette manière de voir est loin cependant d'être admise d'une façon unanime. Elle a été rejetée par la jurisprudence dans de nombreux arrêts. « Il ressort, d'un arrêt rendu par la Cour de Paris, le 2 décembre 1898 contrairement aux conclusions de M. l'avocat général Jambois, que la règle *locus regit actum* n'a pas été abrogée ; si elle n'a point été formulée expressément dans les articles préliminaires, c'est qu'il a paru inutile de rappeler un principe de législation supérieur et incontesté. Son application n'est pas facultative pour les tribunaux, mais doit

(1) Dans ce sens : Champcommunal. *Revue critique de législat. et de jurispr.*, 1896, p. 396. — Aubry et Rau, t. i, p. 112. § 31. — Weiss, *op. cit.*, tome iv, 637. — Surville et Arthnys, *Cours élémentaire de droit international privé*, p.207. — Tribunal civil de Rouen, 22 juillet 1896 et 18 mai 1897. *Journal du droit inter. pr.*, 1899, p. 578. — *Contrà*, Cas., 9 mars 1853. D. 53, 1, 217. — Laurent, *Principes de droit civil*, tome xiii, nos 121. — Colmet de Santerre, *op.* et *loc. cit.*, n° 478 bis. — Coin-Delisle, sur l'article 999, n° 6. — Demolombe, *op. cit.*. p. 484.

être considérée comme d'ordre public. On objecte vainement les dispositions de l'article 999 Code civil français, qui reconnaît comme valable en France le testament olographe fait par un Français dans un pays dont la législation n'admet pas cette forme de testament ; *cette exception* admise par la loi française en faveur du Français n'entraîne pas nécessairement une réciprocité en faveur de l'étranger ; il est de principe que toute exception est de droit étroit, et ne peut être étendue par voie d'analogie (2). »

Ce raisonnement pèche par la base. La Cour de Paris présente l'article 999 comme une exception au droit commun ; mais il y a là, à notre avis, une erreur. Comme nous l'avons déjà montré, la pensée des rédacteurs du Code civil a été de faciliter les relations internationales privées en déclarant que la règle *locus regit actum* serait facultative dans son application au testament olographe ; par conséquent l'article 999 ne fait que suivre les principes généraux, et établit dans notre cas particulier le caractère facultatif de la règle.

La solution que nous adoptons a été consacrée par de récentes décisions. Un jugement du tribunal de la Seine, du 28 juin 1895, reconnaît que la règle, d'après laquelle la forme des actes est soumise à la loi du lieu où ils sont passés, n'est pas absolue ni d'ordre public international ; qu'ainsi, en

(2) Paris, 2 décembre 1898. *Journal du droit int. pr.*, 1899, p. 584, D. 1899, 2, 179. — *Adde* : Paris, 11 août 1892. *Journal du droit int. pr.*, 1892, p. 231. Paris, 20 mars 1896. *Journal du droit int. pr.*, 1896, p. 402.

matière de testament, l'article 999 du Code civil établit le caractère facultatif de la règle, et qu'il convient, par réciprocité, de considérer comme valable en France le testament fait dans la forme privée par un sujet anglais selon les prescriptions de la loi anglaise, alors même que cette forme ne serait pas de celles usitées et permises par le législateur français.

De ce qui précède, il résulte donc qu'une personne peut tester à l'étranger dans l'une des formes reçues, soit par sa loi nationale, soit par la loi du pays où elle se trouve. Mais elle ne peut le faire que dans l'une ou l'autre de ces formes. Ainsi, le testament olographe d'un étranger ne devrait pas être considéré comme valable en France, quant à la disposition des biens qu'il y possède, si ce mode de tester n'était reconnu ni par sa loi nationale, ni par la *lex loci actûs*.

La doctrine contraire n'a pu être enseignée qu'en considérant la loi qui règle la forme des testaments comme un statut réel (1).

Or, nous avons déjà dit que cette loi ne saurait être considérée ni comme réelle, ni comme personnelle. Elle n'est point personnelle, car elle ne dit pas si le testateur pourra ou ne pourra pas tester ; elle ne régit pas son état et sa capacité. Elle n'est pas réelle, car elle n'a en aucune façon pour objet les biens eux-mêmes.

Il est donc déraisonnable de rattacher à la distinction des statuts une matière qui n'a pas plus rapport à la condition des biens qu'à celle des personnes.

(1) DURANTON. — *Cours de droit civil*, tome VIII, n° 218.

C'est ce que reconnaissent d'ailleurs des auteurs qui cependant croient au maintien de la théorie traditionnelle par le Code civil (1).

Reste à nous demander en quelle langue le testament fait par l'étranger en France peut être rédigé.

En ce qui concerne le testament olographe, les auteurs s'accordent à reconnaitre que l'emploi du français n'est pas obligatoire.

Pour le testament authentique, si l'étranger parle le français, il n'y aura pas de difficulté, et la rédaction sera faite dans cette langue. S'il ignore au contraire le français, le testament pourra être fait dans sa langue, en admettant que le notaire et les témoins la comprennent.

L'arrêté du 24 prairial an XI prescrit, il est vrai, d'écrire tous les actes publics en français, sauf à faire à mi-marge une traduction dans l'idiome des parties, quand elles le réclament. Mais l'article 972 du Code civil exige que le testament soit écrit *tel qu'il a été dicté*. Il faut donc choisir entre ces deux textes.

Les notaires de Bruxelles, estimant avec raison qu'on ne pouvait les concilier, s'adressèrent au ministre de la justice pour savoir auquel ils devaient accorder la préférence. Celui-ci répondit que le testateur pouvait dicter dans sa langue maternelle, tandis que le notaire écrirait en français, sauf à ajouter une traduction, comme l'arrêté du 24 prairial l'autorise. Mais l'article 972 n'exige pas seulement la dictée, il prescrit encore que le testament sera

(1) AUBRY et RAU. — Tome I, p. 300.

lu au testateur ; la loi veut qu'on lui donne lecture de ce que le notaire a écrit sous sa dictée, afin qu'il puisse s'assurer de la fidèle reproduction de ses volontés. Or, comment lui sera-t-il possible, si le texte est français, d'exercer ce contrôle, et de vérifier si le notaire a bien interprété sa pensée ? C'est pourquoi nous croyons préférable de faire écrire le testament par le notaire dans l'idiome où il lui est dicté par le testateur. Le notaire n'aura à respecter l'arrêté du 24 prairial an XI que pour la partie de l'acte qui est son œuvre personnelle (1).

Mais que décider, dans la même hypothèse, lorsque l'étranger qui ne parle point le français ne peut trouver un notaire qui comprenne sa langue ?

Plusieurs décisions ont admis que le testateur étranger pouvait alors dicter ses dernières volontés au notaire par l'intermédiaire d'un interprète de son choix (2). Cette opinion, si recommandable soit-elle au point de vue purement utilitaire, est difficilement conciliable avec les principes, car c'est directement, de la bouche du testateur lui-même, que le notaire et les témoins doivent entendre les dispositions consignées. Le testateur qui ne parle pas le français se trouve ainsi, lorsqu'il ne trouve pas de

(1) AUBRY et RAU, tome VII, pp. 98 et 125. — DEMOLOMBE, *Donations et testaments*, tome IV, n° 252 *bis*. — Cas. Rejet, 12 août 1868. D. 1872, 1, 133.

(2) Metz, 21 août 1823. D. R. v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 2878. — Cour de Saint-Louis, du Sénégal, 26 juillet 1876. S. 1879, 2, 73.

notaire comprenant sa langue, dans la condition du muet relativement à l'emploi du testament authentique.

Enfin l'étranger en France peut tester devant son agent diplomatique ou consulaire, si sa loi nationale autorise ce fonctionnaire à recevoir les testaments.

CHAPITRE II

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

La validité extrinsèque du testament s'appréciant en général, en vertu de la règle *locus regit actum*, suivant la loi du lieu où l'acte a été passé, et sa validité intrinsèque étant réglée, sauf les restrictions résultant des règles d'ordre public international, par la loi personnelle du testateur ou du légataire, nous croyons devoir, afin de compléter l'étude de notre sujet, donner un aperçu des formes particulières exigées par les diverses législations, ainsi que des conditions qu'elles imposent pour la validité intrinsèque des testaments.

D'autre part, la question des conflits de lois ne recevant pas uniformément la même solution, nous indiquerons également à propos de chaque pays, celle qui y est adoptée.

Nous passerons d'abord en revue la législation des principaux pays de l'Europe continentale, qui déterminent la loi personnelle par la nationalité.

Nous verrons ensuite les législations anglo-américaines qui ont, à cet égard, conservé son ancien rôle à la loi du domicile.

Section I

LÉGISLATIONS DE L'EUROPE CONTINENTALE

ALLEMAGNE

Conditions intrinsèques. — Sont incapables de tester les personnes interdites pour cause d'aliénation, d'imbécillité, d'alcoolisme, ou de prodigalité. Le mineur ne peut tester avant seize ans accomplis, mais il le peut, à partir de cet âge, sans le consentement de son représentant légal, et sans limitation ; toutefois, seule la forme notariée ou judiciaire lui est permise. Les muets et les illettrés ne peuvent également tester que dans ces deux formes. L'enfant non encore conçu au décès du testateur est capable de recevoir comme héritier substitué ou légataire, mais non comme héritier institué. Les substitutions fidéicommissaires sont permises, mais le nouveau Code civil limite la période pendant laquelle elles produisent leurs effets, ce qui en restreint les inconvénients. Il est interdit de gratifier par testament les témoins et les fonctionnaires qui concourent à la réception de l'acte.

Conditions extrinsèques. — Deux formes ordinaires de testament sont admises par la loi, la forme publique et la

forme olographe. Il n'est pas question du testament mystique dans le nouveau Code.

Le testament olographe doit être écrit, signé, et daté de la main du défunt, avec indication du lieu de sa confection. Le testament public est notarié ou judiciaire. Le premier est reçu par un notaire assisté d'un second notaire ou de deux témoins ; le second par un juge assisté d'un greffier et de deux témoins. La loi a en outre institué certaines formes de testament, dites extraordinaires, pour les cas où les formalités habituelles ne pourraient être remplies : le testament reçu par le maire en présence de deux témoins, lorsque les circonstances font craindre que les formalités ordinaires ne puissent être remplies ; le testament fait dans une localité isolée pour cause d'épidémie, lequel, à défaut du maire et de deux témoins, peut être reçu, même verbalement, par trois témoins. Citons enfin les testaments maritime, diplomatique, et militaire.

Le testament conjonctif est valable lorsqu'il est fait par les deux époux.

Conflits de lois. — La loi nationale du testateur règle sa faculté de tester. D'après l'article 24, § 3, alinéa 3, le testament d'un étranger, valable au moment où il a été rédigé selon la loi étrangère, reste valable s'il vient à acquérir la nationalité allemande, malgré les dispositions contraires que celle-ci pourrait contenir ; de plus cet étranger, s'il avait atteint dans son pays l'âge de la majorité testamentaire, reste capable de tester après son change-

ment de nationalité, même s'il était d'un âge inférieur à celui de la majorité testamentaire.

L'article 30 du titre préliminaire écarte les lois étrangères qui restreindraient la faculté de tester dans des cas, comme celui de la mort civile, qui, pour des motifs d'ordre international, ne sont pas admis en Allemagne.

L'article 27 du titre préliminaire décide que chaque fois que la loi étrangère, abandonnant le règlement d'un rapport juridique, renverra implicitement à la loi allemande, cette dernière sera seule prise en considération. A fortiori, lorsque la loi d'un Etat étranger, applicable à titre de loi personnelle, renverra formellement à la loi allemande, c'est cette dernière qui sera appliquée. Les conditions intrinsèques de validité du testament seront donc, en pareil cas, régies par les dispositions du Code civil allemand.

AUTRICHE

Conditions intrinsèques. — Les fous, les impubères sont incapables de tester ; le mineur, jusqu'à dix-huit ans, ne peut le faire qu'oralement, devant un notaire, ou devant le tribunal. Les religieux sont en principe, et sauf privilège spécial, incapables de tester La personne judiciairement déclarée prodigue ne peut disposer que de la moitié de ses biens par testament. Est encore incapable le condamné militaire, pendant la durée de sa peine s'il est condamné à la prison dure, ou, s'il est condamné à mort,

à partir de la signification à lui faite du jugement ; de même, jusqu'à son retour, le déserteur, dont le testament antérieur est annulé pour les dispositions relatives aux immeubles situés en Autriche. La substitution vulgaire est admise, ainsi que la substitution fidéicommissaire. Le degré auquel les héritiers fidéicommissaires peuvent se succéder n'est pas limité quand ils sont contemporains du testateur. Si ces héritiers ne sont pas encore nés au jour de la confection du testament, la substitution ne peut dépasser le premier degré pour les immeubles, le second pour les choses mobilières.

Conditions extrinsèques. — On peut toujours tester oralement ou par écrit, que le testament soit ou non judiciaire. Dans les provinces où il y a des notaires, leur ministère peut être requis. Aucun témoin n'est nécessaire à celui qui teste par écrit, il doit écrire et signer l'acte de sa main, mais l'indication du lieu et de la date n'est pas requise. S'il fait écrire son testament par un tiers, l'acte doit être signé par lui, et rédigé en présence de trois témoins. S'il ne sait pas signer, il remplace son nom par un simple signe. Il peut tester verbalement devant trois témoins, qui doivent être prêts à confirmer ses dispositions sous serment, à la requête de toute personne intéressée. Le testament verbal fait devant un notaire assisté de deux témoins, ou devant deux notaires, dans la forme notariée habituelle, est assimilé au testament judiciaire. Le tribunal qui reçoit un testament écrit, ou verbal, est composé de deux magistrats, dont l'un peut être remplacé par deux

témoins. Le procès-verbal des déclarations du disposant est scellé et déposé au greffe du tribunal. S'il est nécessaire, le tribunal se transporte au domicile du testateur. Le testament conjonctif est autorisé entre époux ; mais la révocation par l'un d'eux ne fait pas présumer la révocation par l'autre.

Conflits de lois — La capacité de l'étranger est régie par le § 34 du Code civil, ainsi conçu : « La capacité personnelle des étrangers relativement aux actes de la vie civile doit en général être jugée d'après les lois qui sont en vigueur au lieu du domicile de l'étranger, ou, à défaut d'un domicile réel, d'après les lois auxquelles l'étranger est soumis comme sujet, à moins que les lois n'en aient décidé autrement pour des cas particuliers. » Cet article a donné lieu à des interprétations différentes. Certains auteurs, s'en tenant à la lettre, soumettent en Autriche l'état et la capacité de l'étranger à la loi de son domicile, tandis que, en vertu du § 4, l'Autrichien est à cet égard suivi par sa loi nationale en dehors de sa patrie. Les autres, et la jurisprudence semble incliner dans leur sens, appliquent leur loi nationale aux étrangers en Autriche comme aux Autrichiens à l'étranger. Le § 300 fait régir les dispositions concernant les meubles par la loi personnelle du testateur, et celles portant sur les immeubles, par la loi de leur situation.

BELGIQUE

La législation belge sur les testaments est basée sur le Code civil français.

Conflits. — Les conditions de validité du testament sont régies par la loi nationale du déposant, quelles que soient la nature des biens, et leur situation.

ESPAGNE

Conditions intrinsèques. — Sont incapables de tester les mineurs de quatorze ans et les aliénés. L'aliéné peut tester dans un intervalle lucide, suivant l'avis conforme de deux experts désignés par le notaire qui recevra l'acte. Sont incapables de recevoir : les enfants abortifs, c'est-à-dire venus au monde sans aucune chance de viabilité et ne survivant pas de vingt-quatre heures à leur naissance ; les personnes que la loi déclare indignes de succéder *ab intestat;* le confesseur, et ses parents jusqu'au quatrième degré inclusivement, vis-à-vis du malade qui l'aurait gratifié pendant sa dernière maladie ; le tuteur, vis-à-vis du pupille, avant l'apurement des comptes de tutelle, à moins qu'il ne soit ascendant, descendant, frère, sœur ou conjoint du pupille ; le notaire qui a reçu l'acte. L'enfant naturel que la loi ne permet pas de reconnaître est incapable de rien recevoir, sauf à titre alimentaire.

Les substitutions vulgaire, exemplaire, pupillaire et fidéicommissaire sont autorisées. Les substitutions fidéicommissaires ne doivent pas dépasser le second degré, et ne peuvent être faites en faveur de personnes non encore vivantes au moment du décès du testateur.

Conditions extrinsèques. — Le Code civil reconnaît trois formes de testaments ordinaires, le testament olographe, public ou mystique. Le testament olographe doit être écrit en entier, signé et daté par le testateur, et sur du papier portant le timbre correspondant à l'année de la confection de l'acte. Seul, le majeur peut faire un testament olographe. L'Espagnol qui teste à l'étranger dans la forme olographe de son pays est dispensé de se servir du papier timbré. A peine de nullité, l'acte doit être présenté au juge de première instance du dernier domicile du testateur, dans les cinq années qui suivent son décès. Les testaments publics sont reçus par les notaires, devant trois témoins, dont au moins un doit savoir lire et écrire. Le notaire peut être suppléé par cinq témoins en cas d'extrême urgence, ou même par trois témoins majeurs de seize ans, en cas d'épidémie. Cependant, dans ces deux derniers cas, le testament n'est plus valable deux mois après que le testateur est sorti du danger ou que l'épidémie a cessé. Le testament mystique peut être écrit et daté par un tiers sur papier ordinaire ; dans ce cas le testateur doit signer toutes les feuilles. S'il l'écrit lui-même, il les paraphe, et signe à la fin. Ce testament est reçu, fermé et scellé, par un notaire

assisté de cinq témoins, dont trois au moins doivent pouvoir signer. Le testament conjonctif est interdit.

Conflits des lois. — Les conditions intrinsèques de validité du testament sont régies par la loi nationale du disposant, que ses biens soient meubles et immeubles, situés en Espagne ou à l'étranger.

ITALIE

Conditions intrinsèques. — Sont incapables de tester. ceux qui n'ont pas atteint l'âge de dix-huit ans accomplis ; les interdits pour insanité d'esprit, ou ceux qui, sans être judiciairement interdits, n'étaient pas sains d'esprit au moment de la confection de l'acte.

Les enfants non encore conçus d'une personne qui vit au moment de la mort du testateur sont capables de recevoir par testament. Sont incapables de recevoir, sauf l'exception relative à l'enfant non encore conçu, les personnes qui ne peuvent succéder ab intestat ; la personne qui a fait violence au testateur dans le but de lui arracher la confection, la modification, ou la révocation d'un testament, ou qui aurait supprimé, caché, ou altéré un testament ; le tuteur, vis-à-vis du pupille, avant que son compte n'ait été approuvé, sauf s'il est son ascendant, descendant, frère, sœur, ou conjoint ; le notaire qui a reçu l'acte et les témoins. Est incapable de recevoir autre chose que des aliments l'enfant naturel dont la loi interdit la reconnaissance ; sont

présumés interposés le père, la mère, les descendants, et le conjoint de l'incapable. Seules les substitutions vulgaires sont permises ; les substitutions fidéicommissaires sont absolument interdites, sans qu'il y ait comme, dans le Code civil français, d'exceptions en faveur de certaines personnes : toutefois, la loi italienne est, en un sens, moins rigoureuse que la loi française, la nullité de la substitution n'entraînant pas celle de la disposition testamentaire à laquelle elle s'ajoutait.

Conditions extrinsèques. — Deux formes sont admises pour le testament. Le testament peut être fait en forme olographe, il est alors écrit, daté et signé par le disposant ; la date doit précéder la signature. Le testament peut encore être reçu par un notaire ; le testateur le lui remet alors en présence de deux témoins, ou d'un autre notaire, et il signe l'acte avec eux, à moins qu'il ne sache ou ne puisse signer, auquel cas mention en est faite. C'est le testament public. Si le testateur préfère la forme notariée secrète, l'acte peut être écrit par une autre personne que lui, auquel cas il doit en signer toutes les feuilles ; le testament secret est remis au notaire devant quatre témoins, sous une enveloppe scellée portant la suscription de l'accomplissement des formalités légales, signée par le disposant, le notaire et les témoins. Les étrangers résidant en Italie peuvent être témoins. Les illettrés ne peuvent faire de testament secret. Les formes légales sont imposées à peine de nullité ; toutefois, l'acte public annulé qui se trouverait remplir les conditions de validité du testament olo-

graphe, serait valable comme tel. Le testament conjonctif est interdit.

Conflits de lois. — Le Code civil italien règle l'état et la capacité de l'étranger par sa loi nationale, selon le principe que nous avons adopté dans notre partie théorique. L'article 8 dispose formellement que la validité intrinsèque des dispositions testamentaires est réglée par la loi de la nation du défunt, quels que soient la nature des biens, meubles ou immeubles, et le pays où ils se trouvent.

Quant aux conditions extrinsèques de validité, l'article 7, consacrant expressément la règle *locus regit actum*, décide qu'elles seront déterminées par la loi du lieu de la confection de l'acte.

L'application de la loi locale est ici facultative ; le testateur est libre de faire également son testament dans les formes établies par sa loi nationale

PAYS-BAS

Conditions intrinsèques. — La majorité testamentaire est fixée à dix-huit ans, sans restriction quant à la portion du patrimoine dont il peut être disposé. Sont incapables de recevoir : le tuteur vis-à-vis de son pupille, le médecin et le prêtre vis-à-vis du malade, dans les mêmes conditions que le tuteur, le médecin et le prêtre français ; les précepteurs ou gouverneurs demeurant avec eux, les instituteurs dont ils seraient pensionnaires, à moins que ce

ne soit à titre particulier et simplement rémunérateur ; le notaire qui a reçu le testament, et les témoins ; l'époux adultère et son complice ne peuvent se faire aucune libéralité testamentaire, si l'adultère a été constaté par un jugement antérieur à la mort du testateur. Quand un mariage a été contracté sans les consentements requis, si l'un des conjoints meurt alors que le mariage peut encore être attaqué, l'autre ne peut profiter de ses dispositions testamentaires. Est encore incapable de recevoir, ainsi que son conjoint et ses enfants, de même que dans le Code civil italien, celui dont la violence a pu influencer le testateur. Les substitutions fidéicommissaires sont autorisées au profit de petits-enfants et de descendants de frères ou de sœurs. En outre, si l'un des enfants est prédécédé, il est permis de faire la substitution au profit des petits-enfants, avec charge de rendre les biens à leurs enfants nés ou à naître ; la loi permet également, si c'est un frère ou une sœur qui est prédécédée, de faire profiter leurs enfants de la substitution, avec charge de rendre les biens aux enfants qui sont nés ou qui naîtront d'eux.

Conditions extrinsèques. — Trois formes ordinaires de testament sont reconnues par le Code civil néerlandais. Le testament par acte public consiste dans une déclaration reçue par un notaire devant deux témoins, qui la signent avec le notaire et le testateur; si ce dernier ne sait signer, mention en est faite. Le testament olographe est écrit et signé, puis déposé par le testateur, ouvert ou cacheté, chez un notaire, qui en dresse un acte de dépôt

devant deux témoins, acte signé aussitôt par les témoins, le notaire, et le disposant. Lorsque le testament est ainsi déposé chez un notaire, il a la même valeur que le testament par acte public, et date du jour de son dépôt. On ne pent disposer par acte sous seing privé, sans observer les formalités ci-dessus, que de vêtements, bijoux, ou objets mobiliers déterminés. On peut encore, par ce simple acte, nommer un exécuteur testamentaire, ou régler ses obsèques. Le testament mystique néerlandais emprunte les formes du testament mystique français ; il doit, après le décès de son auteur, être présenté au juge du canton où la succession est ouverte, lequel l'ouvre et le rend au notaire qui le lui a présenté, après avoir dressé procès-verbal de la présentation, de l'ouverture et de l'état de l'acte. Le Néerlandais ne peut tester à l'étranger que dans la forme authentique locale, ou dans la forme olographe en se conformant aux conditions ci-dessus relatées de dépôt chez un notaire.

Conflit des lois. — On a prétendu à tort qu'en vertu de l'article 9 de la loi du 15 mai 1829, les étrangers étaient soumis aux Pays-Bas aux mêmes lois que les sujets hollandais. Cet article est ainsi conçu : « Le droit civil du royaume est le même pour les étrangers que pour les Néerlandais. » Cette interprétation, qui aurait retiré aux étrangers séjournant sur le territoire néerlandais le bénéfice de leur loi personnelle, a été abandonnée.

Cet article, qui leur attribue la jouissance des droits civils à l'égal des nationaux, n'est pas destiné à régler la

question des conflits de lois. En réalité, c'est l'article 6 qu traite cette matière, faisant régir « les droits, l'état, et la capacité » des Néerlandais à l'étranger par leur loi nationale. La jurisprudence en a conclu que les étrangers devaient être également régis par leur loi nationale en Hollande, sauf les restrictions d'ordre public international.

L'article 10 est la consécration pure et simple de la règle *locus regit actum*, qui s'appliquera aux formes extérieures des testaments. Cette règle reçoit une certaine dérogation au point de vue du testament fait par le Hollandais à l'étranger, celui-ci n'y pouvant en principe recourir qu'à la forme authentique locale, et se voyant refuser la faculté d'user de la forme olographe du pays où il se trouve.

RUSSIE

Conditions intrinsèques. — D'après le *Svod*, qui contient les lois civiles applicables dans tout l'empire russe, sauf en Pologne (1), en Finlande, dans les provinces baltiques, et dans les pays transcaucasiens qui ont conservé leur législation distincte, sont incapables de tester : le mineur de vingt et un ans ; la personne qu'un jugement a privée de la jouissance des droits civils, depuis le jour de la signification à elle faite ; l'individu, même non interdit,

(1) En Pologne, le Code civil français est resté en vigueur depuis 1808, sauf quelques modifications de détail.

s'il est prouvé qu'au moment de tester il n'était pas en possession de toutes ses facultés intellectuelles ; la loi annule le testament du suicidé, à moins qu'il ne se soit pas donné la mort dans un instant d'irresponsabilité ; les dernières dispositions de la personne mise en tutelle pour dettes ne sont valables que pour les biens restant disponibles après le paiement intégral de ses créanciers ; les archevêques, archimandrites, et autres dignitaires de l'ordre monastique, sont incapable de disposer d'autre chose que de leurs meubles personnels, et leur capacité ne s'étend pas aux ornements et vêtements sacerdotaux ne servant qu'à l'intérieur de l'église, même s'ils les avaient acquis de leurs propres deniers ; le prodigue interdit reste pleinement capable de tester.

Remarquons d'ailleurs que le testament n'est valable que si le bénéficiaire survit au disposant.

Sont incapables de recevoir : les églises et couvents, en ce qui concerne les biens immobiliers, à moins d'une autorisation de l'empereur ; les membres du clergé régulier ; les établissements de charité, le comité de prévoyance de Moscou, sauf cette même autorisation ; la personne privée de ses droits civils ; les employés et gens de service des lazarets, vis-à-vis des personnes en quarantaine, excepté s'ils sont parmi les héritiers légitimes du testateur. Les nobles sans fortune à qui l'empereur a fait une concession temporaire de terres (avendes) ne peuvent en disposer par testament. Les biens patrimoniaux, à l'inverse des biens d'acquêt, ne peuvent être légués que si le testateur meurt

sans postérité, encore les biens nobles ne peuvent-ils être recueillis que par ceux ayant le droit de les posséder.

Conditions extrinsèques. — La loi russe distingue deux formes de testaments : la forme authentique ou publique, et la forme privée. Le testament public est reçu en l'audience du tribunal du district ou de la cour, présenté par le disposant, qui, s'il est personnellement inconnu des juges, doit se faire assister de deux témoins, dont au moins un sera connu d'eux ; la transcription du testament sur un registre spécial lui donne le caractère d'authenticité. Le testament public peut encore, depuis que le notariat a été établi en Russie, être reçu par les notaires qui lui confèrent l'authenticité en l'inscrivant sur leur registre d'actes ; le disposant se présente alors devant eux accompagné de trois témoins. L'acte qui ne serait pas valable comme authentique pourrait l'être comme privé s'il réunissait les conditions exigées pour ce dernier. Le testament privé, ou domestique, doit être écrit sur une feuille entière, pliée ou non, écrit en entier de la main du testateur, et signé par lui de ses nom et prénom patronymique ; si l'acte a été écrit par un tiers, il doit être signé par ce tiers, par le testateur, et par trois témoins en dehors de l'écrivain ; la signature du confesseur tient lieu de celle de deux témoins. Les testaments ayant pour objet des biens patrimoniaux ne peuvent être faits, en principe, que dans la forme authentique. Le testament verbal n'est pas admis en Russie. Le Russe peut tester à l'étranger dans la forme sous seing privé locale ; il doit seulement présenter l'acte

à un consulat ou à une légation russe, ce qui lui confère la valeur d'un testament authentique (1).

Au cas où, dans ce testament, il aurait légué des biens situés en Russie, sa disposition n'aurait cependant d'effet, quant à ces biens, qu'après représentation de l'acte au tribunal de leur situation, ou à celui du dernier domicile du disposant. Le sujet russe n'est jamais admis à tester verbalement à l'étranger, même si cette forme est consacrée par la loi locale (2).

Conflits de lois. — On a cru longtemps que les étrangers séjournant sur le territoire russe se trouvaient soumis à la loi territoriale. M. Weiss observe (3) qu'il résulterait d'une enquête conduite par l'Institut de droit international que cette conception était trop absolue. Sauf dans les provinces baltiques, le principe de la personnalité des lois serait au contraire presque général dans ce pays. Les conditions extrinsèques de validité du testament sont soumises à la loi du lieu de sa confection, en conformité de la règle *locus regit actum*, sauf la restriction ci-dessus mentionnée concernant le testament du Russe à l'étranger.

G. Sérébryanni, *Du droit pour les Russes de faire un testament à l'étranger. Journal du dr. int. pr.*, 1884, p. 359. Voir dans le même journal, 1901, p. 176, une décision conforme de la commission judiciaire russe. Cf., cependant, eod. loc., p. 174, une décision rendue en sens inverse.

(2) Cf. *Journal du dr. int. pr.*. 1901, p. 181, note.

(3) Weiss, *op. cit*,. tome III, p. 209,

Section II

LÉGISLATION ANGLO-AMÉRICAINE

ANGLETERRE

Conditions intrinsèques. — D'après le Wills Act de 1837, est incapable de tester toute personne mineure de vingt-un ans accomplis ou dont l'état mental est atteint.

D'après le même Act, la femme mariée, même majeure, ne pouvait, sans l'autorisation de son mari, disposer par acte de dernière volonté que des biens qu'un testament lui aurait attribués avec l'autorisation expresse de les transmettre de cette façon, ou qui lui auraient été constitués pour son usage particulier. Depuis les *Married Women's Property Acts* de 1870, 1882 et 1893, la femme mariée jouit d'une entière capacité de tester (1).

Est capable de recevoir par testament toute personne née ou simplement conçue. Depuis l'acte de 1882, la femme mariée peut également recevoir par testament et sans limitation, meubles et immeubles (2).

Les substitutions fidéicommissaires sont admises, et leur usage, très fréquent, n'est restreint à aucun degré. Notons que le mariage annule le testament antérieur.

(1) G. Stocquart — De la capacité testamentaire de la femme mariée en Angleterre, au regard du droit international privé. — *Journal du dr. int. pr.*, 1900, p. 735.

(2) Le Wills Act de 1837 faisait bénéficier le mari des legs d'effets mobiliers laissés à sa femme. L'acte de 1870 ne permettait à celle-ci de profiter personnellement que des legs inférieurs à deux cents livres.

Conditions extrinsèques. — Le Wills Act de 1837 ne prévoit qu'une forme de testament ordinaire. Il doit être écrit de la main du testateur, ou du moins en sa présence, et signé par lui devant deux témoins, qui apposent leur signature auprès de la sienne. En outre, lorsque la disposition porte sur des meubles, l'acte doit être homologué par la *Probate division* de la Haute-Cour. Il résulte d'une décision de la *Probate division*, du 2 mai 1893, que lorsqu'une personne a disposé par deux testaments de biens situés en pays différents, et que le second confirme le premier, celui-ci ne peut être représenté à la *Probate division* sans l'acte qui le confirme (1).

Conflits de lois. — Pour fixer la loi compétente, la loi anglaise fait une distinction, selon qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles. Les dispositions relatives aux immeubles sont régies par la *lex rei sitæ ;* celles qui ont pour objet des meubles, par la loi du domicile du testateur, de sorte qu'à cet égard le testament de l'étranger domicilié en Angleterre y sera considéré comme valable, quelles que soient les prohibitions de sa loi nationale, pourvu que la loi anglaise ait été observée. De même le testament fait par un Anglais domicilié à l'étranger, s'il porte sur des meubles, ne sera pas valable en Angleterre s'il ne l'est pas suivant la loi de son domicile. En ce qui concerne les conditions extrinsèques, l'Anglais faisant son testament à

(1) Cf. *Journal du dr. int. pr.*, 1893, p. 1236.

l'étranger peut se conformer à la *lex loci actûs* ou à la loi de son pays d'origine.

Le testament de l'étranger fait, en Angleterre, conformément à la loi locale, y sera reconnu ou non comme valable selon que l'étranger sera ou non mort domicilié en Angleterre.

ÉTATS-UNIS

Conditions intrinsèques. — Les conditions intrinsèques de validité des testaments sont, en principe, les mêmes aux Etats-Unis qu'en Angleterre. Dans tous les Etats on peut disposer des immeubles, par testament, à vingt et un ans. L'âge de la majorité testamentaire, quant aux meubles, varie suivant les Etats, mais concorde, en général, avec celui de la majorité matrimoniale. Il est, à New-York, de dix-huit ans pour les hommes, et de seize ans pour les femmes. Il est de vingt et un ans en Pensylvanie.

La femme mariée jouit, aux Etats-Unis, de la même capacité active et passive que la femme célibataire, sauf en Californie, où elle ne peut tester sans l'autorisation de son mari.

Conditions extrinsèques. — La forme du testament, dans les différents Etats, est la même qu'en Angleterre : l'intervention d'un officier public n'est jamais requise. Il y a exception toutefois pour la Louisiane, où les trois formes

françaises de testament, authentique, olographe, et mystique, existent toujours. Le testament fait dans un Etat suivant la loi locale est valable, mais lorsqu'il concerne des immeubles situés sur le territoire d'un autre Etat, il n'y peut être exécuté que s'il est valable d'après la loi de leur situation.

Le testament conjonctif est permis, sauf en Louisiane.

Conflits de lois. — Pour déterminer la validité du testament d'un Américain fait à l'étranger, on s'attache, comme en Angleterre, au domicile pour les meubles et à la *lex rei sitæ* pour les immeubles (1).

Au point de vue de la solution des conflits de lois, les Etats-Unis sont restés attachés aux mêmes principes de territorialité qu'en Angleterre ; ils n'admettent également l'application de la loi étrangère qu'à titre de courtoisie, de *comity*. Nous avons critiqué dans notre partie théorique ce principe qui expose le règlement international des intérêts privés à une grande incertitude.

(1) *Journal du dr. int. pr.*, 1874, p. 86. Le tribunal en dernier ressort de l'Etat de New-York a décidé dans l'affaire Wurts, citée en cet endroit, qu'un testateur disposant de meubles et d'immeubles doit observer à la fois les formes du domicile au moment du décès, et celles de la *lex rei sitæ*.

Vu : LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE,
WEISS.

Vu : LE DOYEN,
GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :
LE VICE-RECTEUR DE L'ACADÉMIE DE PARIS
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

IMPRIMERIE F. DEVERDUN, BUZANÇAIS (INDRE).

Ex G.B.
2/17/21



